

تأليف

الشيخ خليل بن إسحاق المالكي

المتوفى ٧٧٦ هـ

تحقيق

محمد عثمان

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:

الطلاق - الإيلاء - الظهار - اللعان - العدد

الرضاع - النفقات - الحضانة - البيوع



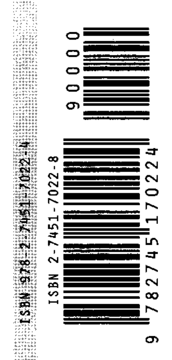
دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: **AL-TAWḌĪḤ ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB**	**الكتاب**	: **التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب**
Classification:	Malikit Jurisprudence	**التصنيف**	: فقه مالكي
Author	: Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi	**المؤلف**	: الشيخ خليل بن إسحاق المالكي
Editor	: Muḥammad ʿUṯmān	**المحقق**	: محمد عثمان
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	**الناشر**	: دار الكتب العلميـــة - بيروت
Pages	: 4448 (7 volumes)	**عدد الصفحات**	: 4448 (7 أجزاء)
Size	: 17* 24	**قياس الصفحات**	: 17* 24
Year	: 2011	**سنة الطباعة**	: 2011
Printed in	: Lebanon	**بلد الطباعة**	: لبنـــان
Edition	: 1st	**الطبعة**	: الأولى



ISBN 978-2-7451-7022-4



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطلاق[1]

(ص): **(الطلاق على ضربين: بِعِوَضٍ من الزوجة أو غيرها، ويسمى خُلْعًا، وحكمه البينونة....[2])**

(ش): أصله في اللغة الانطلاق والذهاب، ومنه انطلق فلان في كذا، ثم استعمل في إرسال العصمة؛ لأن المرأة تذهب عن الزوج، وحقيقته في الشرع معلومة، وهي

---

(١) الطلاق: اسم مصدر لـ(طلق) بالتشديد ومصدره التطليق، ومصدر لـ(طلق) بالتخفيف، يقال: طلقت المرأة طلاقا، فهي طالق، وكثيرا ما تفرق العرب بين اللفظين عند اختلاف المعنيين، نقول: أطلقت إبلي وأسيري، وطلقت امرأتي، فاستعملوا في النكاح التفعيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحا، وبالتخفيف كان كناية وله معان كبيرة.
ومنها الفراق، والترك، يقال: طلقت القوم وتركتهم، وطلقت رد فارقتها.
ومنه قول الشاعر [الوافر]:

غطارفـة تـرون المجـد غـنما ... إذا مـا طلـق البـرم العـيالا

تركهم كما يترك الرجل المرأة.
ومنها: التخلية والإرسال، أعوذ من قولهم: طالق إذا خليت مهملة بغير راع.
وفي حديث ابن عمر: والرجل الذي قال لزوجته: أنت طالق، وطلقت الأسير، أي خليته، وأنشد سيبويه [الوافر]:

طلـيق الله لـم يمـنن علـيه ... أبـو داود وابـن أبـي كبـير

وفي حنين: خرج ومعه الطلقاء هم الذين خلى عنهم يوم فتح مكة وأطلقهم وفرقهم.
وأحدهم طليق وهو الأسير، إذا أطلق سبيله.
ومنها حل القيد حسيا كقيد الفرس، أو معنويا كالعصمة فإنها تحل بالطلاق، ومن هذا حبسوه في السجن طلقا أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا أعتق طليق، أي صار حرا.
وقال الجوهري: بغير طلق، وناقة طلق، أي غير مقيت وأطلقت الناقة من العقال فطلقت. انظر: الصحاح: ٤/١٥١٧.
أما اصطلاحا: فقال المالكية: إزالة القيد، وإرسال العصمة، لأن الزوجة تزول عن الزوج. انظر: الكافي: ٢/٥٧١.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٨٧.

حل العصمة الكائنة بين الزوجين بصيغة تقتضي ذلك فإذا أعطته شيئًا سمي خُلْعًا، ونص المصنف على أن الخلع طلاق تنبيهًا على قول ابن عباس وغيره أنه فسخ.

ولعل المصنف قدَّم الكلام على الخلع وإن كان أكثر المصنفين يؤخرونه؛ لأن أحكام الخلع معنوية وأكثرها معنوي.

والطلاق الذي ليس خُلْعًا أكثر ما يتكلم فيه على الألفاظ ومدلولها والمعنى أشرف، فكان تقديم الكلام عليه أولى.

ونقل اللخمي وغيره عن مالك جواز الخلع ابتداء.

ابن يونس: قال مالك: ولم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ولإباحته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يأخذ قيس بن شماس من زوجته حبيبة بنت سهل ما أعطته إذ كرهته، وقد زادت على حديقته التي أخذتها منه.

وقال ابن القصار: هو مكروه.

واقتصر عليه صاحب " المقدمات"، وجعله من طلاق البدعة، ولعل الاختلاف في كون طلاق الخلع ليس سُنِّيًا هو المقتضي لتقديم الكلام على القسم الآخر عند من قدّمه.

ولم يفصّل المصنف فيما افترق بالعوض وسمى الجميع خُلْعًا.

وفي "المدونة[1]": والمبارئة هي التي تباري زوجها قبل البناء، فتقول: خذ الذي لك واتركني، والمختلعة التي تختلع من كل الذي لها، المفتدية التي تفتدي ببعض ما أعطاها، وكذلك المصالحة.

وروي المبارئة التي تأخذ شيئًا ولا تعطي شيئًا، والمختلعة التي تعطيه ما أعطاها وتزيد من مالها، والمفتدية التي تفتدي ببعض ما أعطاها وكذلك المصالحة.

وقيل: المبارئة تترك ما لها عليه من الحق، أو يترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق. والمفتدية التي تترك جميع ما أعطاها، ولعل المصنف لما لم ير بهذا جدوى ومعنى تركه.

وقوله: (وحكمه البينونة)؛ لأن المرأة إنما أعطته على ذلك، وهذا هو المعروف.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٦.

قال في "البيان": وكان ابن عتاب يفتي بأن من بارى امرأته المباراة التي جرى بها عرف الناس، ثم طلقها بعد ذلك، أن الطلاق يرتدف عليها ما لم تنقض العدة، وذلك استحسان على غير قياس مراعاة لقول من رآها طلقة رجعية.

المتيطي: والمشهور أن الزوج يملك العوض ملكًا تامًّا لا يفتقر فيه إلى حيازة؛ لأنه أخذه في مقابلة عوض فأشبه البيع.

وفي "الموازية": ما يدل على افتقاره إلى الحيازة؛ وهو قوله: إذا حال الزوج رجلا بدين على المرأة فيما خالعها به فماتت قبل أن يقبض المحال دينه فله الرجوع على الزوج، فهذا دليل على بطلانه بالموت.

(ص): (**فلو وقع النص على رجعية ببدل فبائن على المشهور**)

(ش)، يعني: إذا أعطته شيئًا على أن يطلقها طلقة رجعية، فالمشهور - وهو مذهب "المدونة[1]" -: أنه يقع بائنًا؛ لأن حكم الطلاق على العوض البينونة فلا ينتقل عنه.

وروي عن مالك أنه يقع رجعيًا، وبه أخذ سحنون عملا بالشرط.

(ص): (**وعكسه لفظ: الخلع من غير بدل، ثالثها: ثلاث، وفيها: سئل مالك عن المطلق طلاق الخلع أواحدة بائنة أو رجعية أم البتة؟ فقال: بل البتة؛ لأنه بائن ولا يكون بائنًا إلا بِخُلْعٍ، أو الأقصى...**)

(ش)، يعني: وعكس الفرع الذي قبله عدم البدل مع وجود لفظ الخلع، اتفق فيه على وقوع الطلاق، واختلف فيما يلزمه على ثلاثة أقوال:

الأول: لمالك وابن القاسم: تلزمه طلقة بائنة، وكأن الزوج أسقط العوض، المتيطي: وبه القضاء.

والقول الثاني: أنها طلقة رجعية، ونصه عند ابن يونس.

وقال مطرف: قوله: أنت طالق طلاق الخلع، كقوله: أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها فهي واحدة، وله الرجعة؛ لأن الخلع لا يكون إلا بشيء أخذه منها، ابن حبيب: وبه أقول.

اللخمي: وهو قول أشهب، وابن عبد الحكم.

والقول الثالث: تلزمه الثلاث ووجهه ما ذكره المصنف.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٧.

وكلام المصنف ليس بظاهر لإبهامه، أن المذهب لزوم الثلاث؛ لأنه هو الذي حكاه عن "المدونة[(١)]" دليلا وتقوية على عادته، ولم يبين كما فعل فيها أن هذا قول غير ابن القاسم، أي: الماجشون، ومذهب ابن القاسم ومالك هو ما قدمناه.

عياض: عن بعضهم: وهذا الخلاف إنما هو في المدخول بها، وأما غيرها فلا خلاف أنها واحدة.

تنبيه:

وهذا ما لم يقل: أنت طالق طلقة بائنة، وأما لو قال ذلك لزمه الثلاث نصَّ عليه في "المدونة[(٢)]"، وقيل: تلزمه واحدة، وقيل: بائنة، وقيل: رجعية.

(ص): (**وفيها في من طلَّق وأعطى: أكثر الرواة:** رجعية)

(ش): لأنه بمنزلة **من** طلّق و**أعطى** لزوجته المتعة.

قال **في** "التهذيب": وروي عن مالك: أنها واحدة بائنة.

وفرّق ابن المواز، فقال: إن كان ذلك على وجه الخلع فهي طلقة بائنة، وإن لم يجر بينهما ذلك فله الرجعة.

وتأوّل ابن الكاتب القول الذي وقع **في** "المدونة[(٣)]" بالبينونة عليه.

أبو بكر بن عبد الرحمن وعبد الحق: وهذا الاختلاف إنما هو في "موطأ ابن وهب"، و"الأسدية"، و"الموازية": فيمن صالح وأعطى، ليس فيمن طلّق وأعطى.

قال في "النكت": وهذا هو الصحيح، والنقل الذي **في** "المدونة[(٤)]" ليس بصحيح، ولا خلاف فيمن طلق وأعطى أن له الرجعة؛ لأنه إنما وهبها هبة وطلقها وليس من الخلع في شيء.

ابن عبد السلام: ونقل عن غير واحد أنهم صححوا الأقوال الثلاثة، أي: المتقدمة في الخلع من غير عوض في ثلاث مسائل، وهي: إذا طُلقت طلاق الخلع من غير عوض، وإذا صالح وأعطى، وإذا طلَّق وأعطى.

(ص): (**ولو أعطته مالا في العِدَّةِ على أن لا رجعة، فقال مالك: أراه خُلْعًا بطلقة**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٨.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٨.

(٤) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٩.

بائنة. وقال أشهب: له الرجعة ويرد مالها. وقال ابن وهب: تبين بالأولى.....)

(ش): تصور كلامه ظاهر.

فوجه قول مالك أن عدم الرجعة ملزوم للطلاق البائن، والأولى قد وقعت فصار كأنه أوقع أخرى، ورأى أشهب وابن وهب أن ما فعله ليس صريحًا في الطلاق، ولا من كنايته، غير أن أشهب رأى أن هذا شرط مخالف للرجعة التي ثبتت بالطلاق الأول فيلغى، فإذا ألغي لزم أن يرد المال إليها، ورأى ابن وهب أن الرجعة حق للزوج فكان له أن يسقطها على عوض، كما لو أسقطت حقها في القسم لشيء تأخذه.

(ص): **(وشرط الموجب: أن يكون زوجًا مسلمًا مُكَلَّفًا أو وَلِيًّا لصغير أبًا أو غيره بخلاف السفيه البالغ، ولو كان أبًا، وبخلاف السيد في العبد على المشهور فيهما...)**

(ش): اعلم أن الخلع خمسة أركان: الموجب، والقابل، والمعوض، والعوض، والصيغة.

وتكلم المصنف على الأول، ومراده بـ(الموجب): الزوج، واشتراطه الإسلام مع كون المرأة مسلمة لا يظهر له كبير معنى، وأخرج بقوله: (مُكَلَّفًا)، الصبي والمجنون.

وشمل كلامه: السفيه والرشيد، لكنه لما تكلم على السفيه بعد هذا بمفرده؛ عُلِمَ أن مراده هنا بالمكلف الرشيد.

وقوله: (أو وليًّا) عطف على قوله: (زوجًا) وقوله: (أو غيره) أي: تجوز مخالعة ولي الصبي عنه كان أبًا أو وصيًّا أو حاكمًا إذا كان على وجه النظر، ونقل بعضهم الاتفاق على أن للأب والوصي والسلطان أن يخالعوا عن الصغير.

وإنما اختلف هل يطلقون عليه بغير عوض، والذي ذكره اللخمي عن مالك، وابن يونس عن ابن القاسم: أنهم لا يطلقون عليه بغير عوض.

قوله: (بخلاف السفيه) فيه حذف مضاف تقديره ولي السفيه، يدل عليه قوله (ولو كان أبًا)، يعني: وليس لولي السفيه ولو كان أبًا أن يخالع عنه على المشهور؛ لأن الطلاق بيد السفيه، والذي شهّره المصنف في السفيه هو مذهب "المدونة[1]"، لكن نص اللخمي على أنه من قول ابن الماجشون.

قال: وأجاز ابن القاسم في "العتبية " للوصي أن يخالع عن السفيه.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٩.

ابن عبد السلام: واتفق على أنه ليس للأب والوصي أن يطلقا عليه بغير عوض.

وقوله: (وبخلاف السيد في العبد) أي: فليس له أن يخالع عنه على المشهور.

ابن عبد السلام: ومراده العبد البالغ. ثم قال: وحكم العبد البالغ حكم السفيه البالغ.

وقال ابن بشير: وهل يجوز الخلع عن العبد والأمة بغير اختيارهما؟

قولان: المشهور جوازه، والشاذ منعه، وهما خلاف في النظر إلى الجبر على النكاح، وهذا من توابعه، كون العبد قد استقل ولا حكم للسيد فيه؛ ولهذا رأى الحسن اللخمي أنه يخالع عن الأمة التي ليست العصمة بيدها دون العبد. انتهى.

فانظره مع كلام ابن عبد السلام، إلا أن يكون مراد ابن بشير العبد الصغير، وقد نص في "المدونة[١]" على أن العبد الكبير ليس للسيد أن يخالع عنه، ولم أقف على القول بأن للسيد أن يخالع عنه، وإن ثبت فهو مشكل.

وفي "المدونة[٢]": إذا زوّج السيد عبده الصغير، لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له.

روى ابن نافع عن مالك: فيمن زوج وصيفه أو وصيفته ولم يبلغا أنه جائز، فإن فرّق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك، ما لم يَبْلُغَا.

وقال ابن نافع: لا يجوز ذلك إلا ما كان على وجه الخلع. فظاهره أنه يتفق على جواز المخالعة، ويختلف في طلاقه عليه بغير عوض.

عياض: ومذهب ابن القاسم في "الكتاب " في تطليق السيد على عبده الصغير طلاق السنة عند غير واحد. وروايته عن مالك مثل مذهب ابن نافع: أنه لا يجوز إلا ما كان على وجه الخلع.

ويجوز إذا كان نظرًا بغير خلع، إذا حمل على ظاهره؛ وهو قول أكثرهم، وحمل بعضهم الكل على الوفاق.

وقال ابن لبابة: وقيل: لا يجوز، وإن كان على وجه الخلع؛ لأن للسيد انتزاعه، فكأنه أخذه لنفسه.

تنبيه:

وَفُهِم مِنْ هنا أَنَّ ما يَفْعَله الأب في خلع الصغير لازم له، وكذلك هو النص، لكن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨٠.

عُورض ذلك بالنكاح إذا عقد على شروط، فقد قال ابن القاسم: إذا بلغ ونزع عنها أنه لا يلزمه. قيل: وقول ابن وهب باللزوم فيها أقيس.

(ص): (**وَفِي خُلعِ السَّفيه قَوْلانِ**)

(**ش**): نحوه في "الجواهر"، زاد: وإذا صححناه فلا يبرأ الْمُخْتلع بتسليم المال إليه بل إلى وليه، والظاهر صِحته؛ لأنه إذا كان له أن يطلق من غير عوض؛ فلأن يكون له ذلك مع العوض أَوْلَى، واقتصر المتيطي وغيره على هذا القول.

(ص): (**وَخُلْعُ الْمَرِيضِ نَافِذٌ**)

(**ش**): عَبَّر بالنفوذ ولم يُعبر بالجواز؛ لأن الإقدام عليه لا ينبغي؛ لأنه طلاق في المرض، قال في "المدونة[1]": ومَنْ خالع زوجته من مرضه جاز له ما أخذ منها، فإن مات في مرضه ذلك ورثته، وإن ماتت هي لم يرثها، وكذلك إذا ملكها في مرضه أو خَيَّرها، وكذلك أي طلاق طلقها؛ فإنها ترثه ولا يرثها.

محمد، وأبو عمران: وترث مِمَّا اختلعت به؛ لأنه مِنْ جُملةِ تركته، وروى مالك أنها لا ترث منه.

أبو عمران: والأول مذهب "المدونة[2]"، وروى زياد بن جعفر في المملكة في المرض لا ترث، وهو مذهب المغيرة في المخيرة، وخرَّج بعضهم منه قولا آخر بعدم الميراث في المختلعة، وهو ظاهر؛ لأن سبب الطلاق في جانب المرأة في مسألة الخلع أقوى منها في مسألة المملكة؛ لبذلها المال.

(ص): (**القَابِلُ شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الْتِزَامِ الْمَالِ فَيَلْزَمُ فِي الأَجْنَبِيِّ والْمَالُ عَلَيْهِ**)

(**ش**): يعني بـ (القَابِلُ) مَنْ يدفع العوض، وذلك جائز من كل ما فيه أهلية التزام المال من أجنبي أو غيره، فقد نص في "المدونة[3]" على أن من قال لرجل: طلق زوجتك ولَكَ عليَّ ألف؛ أنه إذا طلقها يلزمه الألف.

واحترز بقوله: (أَهْلِيَّةُ) من المحجور عليه، ويَنْبَغِي أن يقيد ما قاله أهل المذهب في الأجنبي بِمَا إذا كان في ذلك حصول مصلحة، أو درء مفسدة مِمَّا لا يقصد به إضرار المرأة، وأَمَّا ما يفعله بعضهم من التزام الأجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط نفقة

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨١.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨٢.

العِدَّة، فلا ينبغي أن يختلف في منعه، وفي انتفاع المطلق به بعد الوقوع نظر، قاله ابن عبد السلام.

(ص): (**فَإِنْ وَكَّلته فَكَوَكِيلِ الشِّراءِ**)

(ش): أي: فإن وكلت الزوجة من يخالع لها (فَكَوَكِيلِ الشِّرَاءِ)، أي: فإن خالع بخلع المثل فأقل، لزمها الخلع ودفع العوض، وإن خالع بأكثر لم يلزمها. ويفهم من قوله: (كَوَكِيلِ الشِّرَاء) أيضًا أَنَّ العِوض وعهدته عليه إلا أَنْ يشترط أن ذلك عليها. ابن راشد: وإذا وكلته على عدد فزاد عليه غرم الزائد.

(ص): (**وَلا يَلْزَمُ فِي الأمَةِ والسَّفِيهَةِ والصَّغِيرَةِ، وَيَقَعُ الطَّلاق ويُرَدُّ الْمَالُ، وَلا يَضْمَنُهُ السَّيِّدُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ فِي الصَّغِيرَةِ يُبْنَى بِهَا: يَنْفُذُ إِنْ كَانَ يُصَالِحُ بِه مِثْلُهَا...**)

(ش): أي: ولا يلزم دفع العوض إذا خالعته الأمة، أو الصغيرة، أو السفيهة، لكن يقع الطلاق بائنًا. قاله في "المدونة[1]".

ويَنْبَغِي أَنْ يُفْهم قول المصنف: (الأمَةِ) عَلَى كُلِّ مَنْ فيها شائبة رق، غير أن أم الولد، والمدبرة إذا خالعها في مرض السيد وقف المال؛ فَإِنْ مات السيد صحَّ الخلع؛ لعدم منفعة السيد، وإِنْ صَحَّ بطل ورد المال.

ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور في أن السيد يمنع من انتزاع مالها في مرضه. قال في "المدونة[2]": ويجوز ما خالعت به المكاتبة، أو وهبت من مالها بإذن السيد.

سحنون: وَذلك في الشيء اليسير التافه، وأَمَّا ما له القدر فلا؛ لأن ذلك داعية إلى عجزها.

قوله: (وَلا يَضْمَنُهُ السَّيِّدُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ) ابن عبد السلام: أي الإذن في التجارة؛ لأن إذن السيد لأمته في التجارة يستلزم الإذن في الخلع؛ لعدم منفعة إذن السيد به.

وقد نقل في "البيان": الاتِّفاق على أنه لا يجوز للمأذون لها أن تُخالع بغير إذن سيدها. وفي "الإشراف": المأذون لها في التجارة يمضي خلعها إذا وقع، فكأنه يرى أن ذلك ليس بمجرد عطية؛ لأنه قد يكون طلاقها من ذلك الرجل أحسن لها ولسيدها.

خليل: وانظر هل يمكن أن يكون الإذن راجعًا إلى الخلع، كما تقدَّم أن السيد لا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٥.

يكون ضامنًا للمهر بمجرد الإذن في التزويج، وهو الذي يُؤخذ من كلامه في "الجواهر"، فإنه قال: القابل شرطه التزام المال والتزام الأمة فاسد، وخلعها بإذن السيد صحيح، ولا يكون السيد ضامنًا للمال.

وقوله: (وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ) يعني أن المشهور: لا ينفذ خلع الصغيرة. وقال ابن القاسم في "العتبية": ينفذ.

ابن اللباد: المعروف الأول. وكذلك صاحب " البيان"، والمتيطي أن الأول هو المشهور، زاد المتيطي: وبه العمل. وحكى في "الطراز " أَنَّ العمل على قول ابن القاسم. واختار اللَّخْمِي التفصيل في الصغيرة فيمضي الخلع إن كان الفراق لها أحسن، وترد المال وينفذ الطلاق إن كان بقاؤها زوجة أحسن.

وكذلك اختلف في رد خلع السفيهة غير المولى عليها بناء على أن رد التصرفات للسفه أو للحجر. ولسحنون قول ثالث بالتفصيل: يمضي خلع البالغة السفيهة دون البِكْر الصغيرة.

خليل: وَيَنْبَغِي على قول ابن القاسم بلزوم خلع الصغيرة أن يمضي خلع السفيهة، ولو كانت مولى عليها.

(ص): (وَصُلْحُ الأبِ عَنِ الْمُجْبَرَةِ بالصَّدَاقِ كُلِّه نَافِذٌ بِخِلافِ الوَصِيّ عَلَى الْمَشْهُورِ)

(ش): أَمَّا صلح الأب عن ابنته البِكر الصغيرة أو البالغة فجائز.

الباجي: بلا خلاف. وألحق اللَّخْمِي بِهَا البِكر الْمَدْخول بها، إذا لم تطل إقامتها وطلقت قبل المسيس؛ لأنَّ له الجبر على النكاح، والصغيرة التي ثُيِّبت قبل البلوغ على القول بجبرها، ولعل المصنف عبَّر بالمجبرة لهذا. وفي بعض النسخ وصف المجبرة بالصغيرة، وفيه نظر؛ لأنها تقتضي لو كانت بالغة لم يمض خلعه عليها، وليس كذلك.

وقوله: (بِخِلافِ الوَصِيّ عَلَى الْمَشْهُورِ) أي: فليس له أَنْ يُخَالع عن البِكر على المشهور.

الباجي: وهو مشهور قول ابن القاسم، ورواية عن مالك أنه لا يجبرها على النكاح، إلا الأب وحده.

ومقابل المشهور رواه ابن نافع عن مالك أن الوصي يُخالع عن اليتيمة، وهو لابن القاسم، وألحق السلطان بالوصي في ذلك، وأَنْكَر سحنون رواية ابن نافع وأسقطها

عند السماع.

عياض: وهي ثابتة في روايتنا وكتب الأندلسيين. وقال ابن لبابة: رواية ابن نافع أحسن، ولم أر أحدًا تُعجبه رواية ابن القاسم أنه لا يبارئ عنها إلا برضاها.

ابن عبد السلام: وعلى الشاذ اختلف في إذنها إذا كانت بالغًا على قولين.

(ص): (**وَعَنِ السَّفِيهَةِ قَوْلانِ**)

(**ش**): أي: وفي صلح الأب عن ابنته البالغة الثَّيِّب السفيهة قولان: الأول: لابن العطار، وابن الهندي، وغيرهما من الموثقين: لا يجوز له ذلك إلا بإذنها.

وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة: جرت الفُتْيا من الشيوخ بجواز ذلك، ورأوها بمنزلة البكر، ما دامت في ولايته على المشهور.

اللخمي: وهو الجاري على قول مالك في "المدونة[1]". ابن راشد: والأول هو المعمول به.

ابن عبد السلام: وهو أصل المذهب.

واختلف في خلع الوصي عنها برضاها، وفي ذلك روايتان لابن القاسم، والقياس المنع في الجميع.

(ص): (**وَصُلْحُ الْمَرِيضَةِ لا يَمْضِي إِلا قَدْرَ مِيرَاثِهِ، فَفِي تَعْيِين يَوْمِ الْمَوْتِ أَوْ يَوْمِ الْخُلْعِ قَوْلانِ، وَفائِدَتُهُ الرُّجُوعُ لَهُ وَعَلَيْهِ، وَلا يَتَوَارَثَانِ، وَقِيل: يَمْضِي مُطْلَقًا، وقيلَ: خُلْعُ الْمِثْلِ....**)

(**ش**): هذه مسألة "المدونة[2]" ففيها قال مالك: وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها.

ابن القاسم: وأَنَا أرى أنها إذا اختلعت مِنْهُ على أكثر فله قدر ميراثه، فَإِمَّا على قدر ميراثه منها، أو أقل فذلك جائز ولا يتوارثان.

وكذلك قال ابن نافع وحمل ابن المواز قول مالك لا يجوز، على أنه خلاف لقول ابن القاسم، وأنه أبطله على الإطلاق، ولم يجز منه شيئًا كالمرأة تهب جميع مالها أنه لا يجوز منه إلا الثلث على المشهور، والمسألة عند محمد على ذلك.

عياض: وأكثرهم يرون قول ابن القاسم مُفَسرًا لقول مالك.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٧.

وكذا جاء في "العتبية" من رواية ابن القاسم عنه كقول ابن القاسم في "المدونة[1]"، وإذا فرعنا عن قول ابن القاسم فهل يُعْتبر قدر ميراثه يوم الموت؟

اللخمي: وهو قول ابن القاسم في "الموازية".

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قول ابن القاسم في "المدونة[2]" أو يوم الخلع؟ اللَّخْمي: وهو قول ابن القاسم في "العتبية"؛ لأنه موجب للتهمة.

اللخمي وغيره: والأول أصوب؛ إِذْ لَوْ أعطى يوم الخلع، ثم تلف المال لكان هو الوارث وحده، وإن نقص كان أخذ أكثر من ميراثه، ولأجل أن هذا مفرعًا على قول ابن القاسم أَتَى المصنف بالفاء المؤذنة لذلك. قوله: (وفائدته)، أي: فائدة هذا الخلاف تظهر في اختلاف ما لها ما بين زماني الخلع والموت.

فرع:

وهل يوقف قدر الميراث أو يعجل؟

قال ابن نافع في "المدونة[3]": يوقف. واختلف قول أصبغ في ذلك وقول صاحب " النكت " ذلك على الخلاف المتقدم؛ أي: إن اعتبر يوم الخلع عجل، وإن اعتبر يوم الموت وقف، ورأى اللخمي: أَنَّه إذا كان الخلع على دنانير أو دراهم لا توقف، وإن على عبد أو دار وقف ومنعت بيعه والتصرف فيه، فإن صحَّت أخذه وإن ماتت كان الورثة بالخيار بين أن يُجيزوه أو يَردوه ميراثًا؛ لأنهم شركائه، ويكون على حقه في الميراث على الوفاء شائعًا، وإن كانت قيمة ما خالع أقل من ميراثه؛ لأن الزوج لم يترك الفضل إلا لغرضه في عين ما خالع عليه، وإن كان ذلك العبد أو الدار أفضل مالها كان أبين في رد الورثة.

ابن عبد السلام: وتعطي قوة كلام المصنف أن المال المخالع به إذا كان مثل الثلث فأقل أن يدفع للزوج بدليل قوله: (الرُّجُوعُ له وعَلَيْهِ)، وقوله: (وقيل: يَمْضِي مُطْلَقًا) أي: يمضي خلعها مطلقًا سواء كان قدر الميراث أو أكثر.

وذكر في "الجواهر": أن هذا القول رواه ابن وهب عن مالك، والقول بأن له خلع المثل رواه ابن الحكم. اللخمي: وقال عبد الوهاب: له ما خالعها عليه، إذا حمله ثلثها،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٩.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٠.

يريد أن الطلاق كان بطوعه فسقط أن يكون وارثًا، وصحَّ أن يأخذ من الثلث على أحكام أفعال المريض فيما لم يأخذ له عوضًا مع غير الوارث، ورأى مالك أنها معاوضة؛ لأنها اشترت نفسها.

وعلى هذا فيتحصل في المسألة خمسة أقوال:

البطلان مطلقًا، وهو مذهب " الموازية"، وأخذ التأويلين على قول مالك.

والثاني: أن لها الأقل، والثالث: الإمضاء مطلقًا، والرابع: خلع المثل، والخامس: أنه يكون من الثلث.

(ص): (**وَلَوْ خَالَعَتْهُ لِظُلْمِهِ أَوْ لِضَرَرِهِ فَلَهَا اسْتِرْجَاعُهُ، وَيَنْفُذُ الطَّلاق**)

(**ش**): يعني: إذا خالعته ثم ادَّعت أنها خالعته لظلمه لها في بدنها، أو لضرره بها، كما لو كان يمنعها من زيارة والدها على أن الظلم والضرر كالمترادفين، ولعله تبع في عطفه الضرر على الظلم "المدونة[1]"، فإن فيها: كذلك فإن أثبتت ذلك فلها استرجاع مالها، وينفذ الطلاق بائنًا؛ لأن الله تعالى شَرَط في حلية ما تدفعه عن طيب نفس؛ فقال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

ابن القاسم: وليس من الإضرار بها البغض لها، وإنما الإضرار الإيذاء بضرب، أو إيصال شتم في غير حق، أو أخذ مال من غير مشاورة.

مالك: وليس عندنا في قِلَّة الضرر وكثرته شيء معروف.

وروى ابن القاسم عن مالك في من علم من امرأته الزنا، فليس له أن يضارها حتى تفتدي، وقال ابن القاسم في الناشزة تقول: لا أصلي ولا أصوم ولا أغتسل من جَنَابة؛ لا يُجبر على فراقها؛ إن شاء فارقها وأحل له ما افتدت به.

قال في "البيان": وله أن يؤدبها على ترك الصلاة ويمسكها. قال في "المقدمات": ولا يحل له أن يضيق عليها، وإن أتت بفاحشة من زنا أو نشوز أو بذاء، قال: ولا خلاف بين مالك وجميع أصحابه في ذلك، ورأيت في بعض كتب أصحابنا المغاربة عن ابن القاسم أنه يجوز له المضارة في تركها حتى تخالعه.

(ص): (**وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ**)

(**ش**): أي: على الضرر. والمعمول به عند الشيوخ وهو قول ابن القاسم أن الشاهد

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٠.

يشهد فيه بالقطع، وغمز ذلك ابن القاسم، وقال: من أين للشهود القطع بمعرفة ذلك؟ ولهذا قال أصبغ أن الشاهد يقول: أحاط بذلك علمي وصح عندي.

ابن القاسم: وصفة الشهادة أن يقولوا: سمعنا سماعًا فاشيًا مستفيضًا على أَلْسنة النساء والخدم والجيران، قال: ويكفي في ذلك عندي عدلان، والعدول الكثير أحبُّ إليَّ.

ابن راشد: وهذا هو المشهور والمعمول به: وعندي أيضا أن السماع إنما يكون من العدول إلا في الرضا، فيجوز أن يكون على يقين القرابة والأهلين والجيران وإن لم يكونوا عُدُولا كالنساء والخدم.

وعن مالك: تجوز شهادة السماع في ضرر الرجل بامرأته، إذا سمع بذلك الرجال والنساء سماعًا فاشيًا، وإن لم يسمع بذلك الرجال والنساء فليس بفاش.

(ص): (**وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ أَوْ امْرَأَتَانِ بِالضَّرَرِ حَلَفَتْ واسْتَرْجَعَتْ؛ لأَنَّهُ عَلَى مَالٍ**)

(**ش**): يعني: **وإن** شهد واحد على أنه يضر بها، أو **شهد** لها امرأتان بذلك حلفت على ذلك واسترجعت المال.

وقوله: (لأَنَّهُ عَلَى مَالٍ) جواب عن سؤال مقدر، كأن قائلا قال: شهادة الرجل أو المرأتين مع اليمين إنما تفيد في المال، وإضرار الرجل بامرأته ليس بمال. فأجاب عن ذلك بأنه وإن لم يكن مالا ولكن آيل إلى المال، وهذا أصل مختلف فيه في المذهب، وإن شهد لها بالضرر ولم يقيد أنها خالعته طائعة أعذر للرجل في الشهادة، فإن سلمها وادَّعى مدفعًا فعجز عن إثباته حكم عليه، وإن اعترفت في عقد الخلع بالطوع وكانت استرعت؛ فلها الرجوع بالاتفاق، وكذلك إن لم تسترع وقامت لها بينة لم تكن علمت بها، وأما إذا كانت تعلم بها ففيه نظر، والذي قاله ابن الهندي وابن العطار وغيرهما أن لها الرجوع ولا يضرها ذلك، ولا يضرها أيضا إسقاط البينات المسترعيات وغيرها، وهو أصوب؛ لأن ضرره بها يحملها على أن تعترف بالطوع، ومَنْ ابْتُلِي بالأحكام يكاد يقطع بذلك.

ابن بطال: وإذا كان لفظ الطوع لا يفيد؛ فلا معنى لذكره في العقد.

فرع:

وإن خالعها وأخذ منها حميلا بالدرك؛ فقال ابن العطار: إذا أثبتت الضرر لا تسقط التبعات عن الحميل؛ لأنه غير مكره، وقد أدخل الزوج في زوال العصمة ولا يرجع

الحميل عليها بشيء. وإليه ذهب بعض فقهائنا الصقليين، وذكر ابن يونس في ذلك خِلافًا بين القرويين، وأن منهم من يقول هكذا، ومنهم من يقول: إذا أثبتت المرأة الضرر يسقط الطلب عن الحميل؛ لأنه إذا سقط المال عن الأصل تسقط عن الحميل المطالبة.

(ص): **(وَيَجُوزُ أَنْ تُعْطِيَهُ عَلَى إِمْسَاكِهَا أَوْ يُعْطِيهَا عَلَى الأَثْرَةِ، وَلا إِثْمَ عَلَيْهِ بَعْدَ رِضَاهَا بِشَيْءٍ أَوْ بِغَيْرِ شَيْءٍ...)**

(ش): أي: إذا أراد أن يطلقها فأعطته شيئًا على أن يترك طلاقها فإن ذلك جائز، وكذلك يجوز أن يعطيها على الأثر، أي: يعطيها ليؤثر ضرتها عليها في المبيت. وكلامه ظاهر التصور.

فرع:

وإذا أعطته مالا على أن يمسكها، ثُمَّ فارقها عاجلا فقالوا: لها الرجوع، وَأَمَّا إن كان بعد طول بحيث يرى أنها بلغت الغرض في مقامها لم ترجع، وإن طال ولم تبلغ ما يرى أنها دفعت المال لأجله؛ كان له من المال ذلك على التقريب فيما يرى، وهكذا قال مالك فيمن أسقطت صداقها عن زوجها على أن لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك أن لها أن ترجع، وإن طلقها بعد ذلك فيما يرى أنه لم يطلقها لمكان ذلك لم يرجع.

أصبغ: إلا أن يكون الطلاق بحدثان الإسقاط ليمين نزلت، ولم يتعمد ولم يستأنف اليمين فلا شيء عليه. ورأى اللخمي أن لها الرجوع لو كان الطلاق ليمين نزلت ولم يتعمد ولم يستأنف اليمين، وقد تقدم لهذه المسألة نظائر عند الكلام على شروط النكاح.

(ص): **(الْمُعَوَّضُ شَرْطُهُ مِلْكِيَّةُ الزَّوْجِ فَلا يَصِحُّ خَلْعُ البَائِنَةِ والْمُرْتَدَّةِ وشِبْهِهِمَا بِخِلافِ الرَّجْعِيَّةِ...)**

(ش): هذا هو الركن الثالث، فإذا كانت الزوجة في عصمته أو طَلَّقَها طلاقًا رجعيًّا جاز له أن يخالعها؛ لأن البضع في حكمه، وأما البائن والمرتدة ومن كان نكاحها مَفْسُوخًا؛ فلا ملك له عليه فلا يصح له أخذ العوض عنه، ولهذا الشرط وقع في "الموازية" و"كتاب سحنون " في امرأة فقدت فبذل أبوها لزوجها مالا على أن يطلقها ففعل، ثم قال الأب: لعلها ماتت قبل هذا فرد عليَّ ما أخذت. فإنه يوقف المال ويؤخَّر

أمرها إلى وقت لا تجيء إلى مثله فذلك للزوج، فإن تبين أنها ماتت قبل الفراق أخذه الأب وورثها الزوج، وإن مات الزوج قبل كشف ذلك لم يوقف لها من ميراثه لها شيء؛ لأنه مات بعد أن طلق إن كانت حية أو مات بعد موتها.

وقال ابن المواز: لا أرى أن ينزع ذلك من يد الزوج؛ حتى يتبين باطل ما قبض بأن تقوم بينة بموتها قبل الطلاق، ألا ترى أنها لو كانت رابعة ما منعته نكاح غيرها؛ لأن فراقه بائن، فإن قيل: لِمَ قلتم إذا خالعها ثم تبين أنه كان أبانها يرد المال بخلاف ما إذا كاتب عبده وتأدى منه ثم تبين أنه كان أعتقه وهو منكر فيهما؟

قيل: لأن للسيد أن ينزع مال عبده ويستسعاه، ولا يزيل ملكه عنه إلا بالحكم عليه، والزوج ليس له سبيل إلى مالها وهو أجنبي، فلا يصل إليه إلا بحق، فإذا ثبت طلاقه قبل ذلك فقد أخذه بغير حق. والله أعلم.

(ص): **(وَالعِوَضُ شَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُتَمَوَّلا)**

(ش): أي: الذي تدفعه الزوجة عِوضًا عن عصمتها، والمراد بالمتمول ما يصح تملكه، ليحترز من الخمر ونحوه، وليس المراد أن غير المال لا يصح، فإنه لو خلعها على أن تعتق عبدها جاز. قاله مالك، قال: وإن جعل خلعها خروجها إلى أمها فذلك لازم.

(ص): **(وَيُغْتَفَرُ الغَرَرُ وَالْجَهَالَةُ كَعَبْدٍ آبِقٍ، أَوْ غَيْرِ مَوْصُوفٍ، أَوْ مُعَيَّنٍ غَائِبٍ، أَوْ نَفَقَةِ حَمْلٍ إِنْ كَانَ أَوْ جَنِينٍ عَلَى الْمَشْهُورِ بِخِلافِ الصَّدَاقِ...)**

(ش): قوله: (عَلَىَ الْمَشْهُورِ) راجع إلى جميع ما تقدم لا إلى الجنين وحده، ومقابل المشهور عدم الجواز كالنكاح.

والفرق للمشهور أن الأصل أنه لا يستباح البضع إلا بعوض بخلاف الطلاق فإن الأصل فيه عدم العوضية. وانظر عطف المصنف نفقة الجنين على نفقة الحمل، إِنَّمَا قلنا: مقابل المشهور عدم الجواز. وإن كان اللَّخْمِي حكى ثالثًا بالكراهية؛ لأن المنع هو الذي يقابل الاغتفار حقيقة.

وحكى في "البيان" رابعًا بالجواز في الغرر الذي يقدر على إزالته، وبالمنع في الذي لا يقدر على إزالته، وعلى التحريم فلو وقع، فقال مالك مرة: لا شيء، وقال مرة: يرجع إلى خلع المثل إن بطل الجميع، وإن بطل البعض رجع بما ينوب ذلك البعض. وحكى بعضهم ثالثًا: أنه يرجع بقيمة ما خالع عليه ولو جاز بيعه.

قوله: (بِخِلافِ الصَّدَاقِ) تقدَّم، ونظير هذه المسألة في جواز الغرر فيها الهبة

والرهن على المشهور إلا في الجنين، فإنه يمتنع رهنه على المشهور.

واختلف هل يجوز الغرر في صلح العمد؟ والمنع هو قول ابن القاسم.

(ص): (**وَلا يَجُوزُ بِحَرَامٍ كَخَمْرٍ وَشِبْهِهِ اتِّفَاقًا وَيَنْفُذُ**)

(**ش**): لما قدم أنه يجوز بالغرر خشي أنه يتوهم جوازه بالخمر ونحوه فبين أن ذلك لا يجوز بالاتفاق، ولعل مراده بشبه الحرام المغصوب، وهو الذي يُؤخذ من كلامه في "الجواهر". فإن قلت: كلامه يلزم منه تحصيل الحاصل؛ لأنه قدم أن شرط العوض أن يكون متمولا.

قيل: الكلام الأول يحتمل أن يكون في جواز الإقدام أو في النفوذ، فكان مُجْملا بخلاف هذا فإنه صريح في عدم الجواز ابتداءً.

فرع:

وتكسر الخمر وتقتل الخنازير كان ذلك في يده أو في يدها، فإن تخللت في يده؛ فقال ابن القاسم: عادت حلالا كانت الزوجة مسلمة أو كتابية.

وقوله: (وينفذ) أي الطلاق بائنًا. وحكى بعضهم عن مطرف أنه يقول في هذا الأصل: إنه لم يصح ما عاوض عليه تكون الطلقة رجعية.

(ص): (**وَالنَّصُّ: وَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ**)

(**ش**): هكذا وقع في بعض النسخ، ونحوه في "الجواهر " لقوله: أَمَّا لو خالعت بخمر أو خنزير أو بمغصوب؛ فلا يختلف المذهب في منعه ابتداءً ونفوذه إذا وقع. والمنصوص أنه لا شيء للزوج فيه.

واستقرأ اللخمي إيجاب خلع المثل من خلع المريضة، وأفادت الواو من قوله: (ولَيْسَ) أن المنصوص أيضًا نفوذ الطلاق، (وفيه) من كلام المصنف تحتمل الظرفية والسببية.

(ص): (**وَكَذَلِكَ عَلَى أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمَسْكَنِ أَوْ عَلَى أَنْ تُسْلِفَهُ أَوْ تُعَجِّلَ لَهُ دَيْنًا مُطْلَقًا**)

(**ش**): يعني: ومثل المخالعة بالخمر؛ لأن سكنى المعتدة في موضعها من حقِّ الله تعالى فلا يجوز إسقاطه على عوض ولا غير عوض، فالمعاوضة عليه كالمعاوضة على الخمر، وأَمَّا إن أراد المسكن فذلك جائز.

قوله: (أَوْ عَلَى أَنْ تُسْلِفَه) لأنه سلف جرَّ منفعة، وهو ملكها لعصمتها. قال في

"المدونة[١]": ويمضي الطلاق ويرد السلف.

قوله: (أَوْ تُعَجِّلَ لَهُ دَيْنًا مُطْلَقًا) أي: من بيع أو سلف كان مِمَّا يجبر على قبوله أم لا، وعِلَّة المنع فيها أيضًا السلف بزيادة؛ لأنَّ من عجل ما أخر عد مسلفًا على المشهور، فتصير المرأة مسلفة، وازدادت العصمة.

(ص): (**أَوْ يُعَجِّلَ لَهَا مَا لا يَجِبُ قَبُولُهُ**)

(ش): لأنَّ فيه حط الضمان وإن بدت العصمة.

(ص): (**أَمَّا لَوْ عَجَّلَ مَا يَجِبُ قَبُولُهُ فَقَدْ طَلَّقَ وَأَعْطَى**)

(ش): ظاهر التصور، ومن الشيوخ من تأوَّل منع هذا؛ لأنه في "المدونة[٢]": إذا كان لأحد الزوجين قِبَل الآخر دين فتخالعا على تعجيله قَبْل محله يقع الطَّلاق ويُرد الدين إلى أجله. ولم يفرق بين أن يكون الدين مِمَّا يجب قبوله أم لا.

فَمِنَ الأشياخ مَنْ حَمَل ذلك على إطلاقه، ومِنْهُم مَنْ فصل كما ذكر المصنف، وعلل ابن الكاتب المنع في تعجيل الزوج الدين، فإنه سلف جر منفعة، إذا كانت مدخولا بها؛ لأنه انتفع بذلك في إسقاط نفقة العِدَّة.

(ص): (**وَكَذَلِكَ عَلَى أَنْ تُؤَخِّرَ دَيْنًا**)

(ش): لأن مَنْ أخَّر مَا عجل عُدَّ مسلفًا اتِّفَاقًا، فصارت مسلفة وازدادت، وهذا على أن تؤخر بالتاء المثناة من فوق. ويصح أن يُقرأ ويؤخر بالياء المثناة من تحت ويكون التشبيه في قوله: (كذلك) عائد على قوله: (أَمَّا لَوْ عَجَّلَ مَا يَجِبُ قَبولُهُ فَقَدْ طَلَّق وأَعْطى)؛ لأنه إذا طلق وأخر يكون قد طلق وأسلف، والسلف كالإعطاء.

(ص): (**وَخَرَجَ اللَّخْمِيّ خلع الْمِثْلِ مِنْ خُلْعِ الْمَرِيضَةِ**)

(ش): أي: في الصور الممنوعة بجامع المنع فيها، وهو مقابل قوله: (والنَّصُّ: وَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ) كَمَا تقدَّم، ولا حاجة إلى هذا التخريج؛ لأنه أحد القولين عن مالك كما تقدم.

(ص): (**وَلَوْ خَالَعَهَا بِحَلالٍ وَحَرَامٍ سَقَطَ الْحَرَامُ**)

(ش): كَمَا لو خالعته بسلعة وزق خمر، فإن له السلعة ولا شيء له في زق الخمر.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١١.

ابن المواز: ومن تَزَوَّج بعشرة نقدًا وعشرين إلى أجل، فصالحته قبل البناء على إن عجل العشرة النقد وأسقطت العشرين لم يجز ذلك، وجاز الطلاق، وترد إليه خمسة تأخذها منه إذا حَلَّ الأجل، فالوضعية حلال والتعجيل حرام، فترد إليه الخمسة لتأخذها منه عند الأجل.

(ص): (**وَلَوْ خَالَعَهَا بِمَالٍ إِلى أَجَلٍ مَجْهُولٍ كَانَ حَالا**)

(**ش**): نحوه في "المدونة[١]"، وزاد فيها: كمن باع إلى أجل مجهول فالقيمة فيه حالَّة. وظاهر كلام المصنف أنه يجب للرجل جميع ما خلعت به حالا، وهو أحد التأويلين على "المدونة".

ووجهه: أن المال في نفسه حلال، وكونه إلى أجل مجهول حرام فيبطل الحرام، والتأويل الثاني أنها تدفع القيمة، ووجهه: أن في الأول ظُلْمًا للمرأةِ؛ لأنها لم تلزمه حالا، وبأن الأول خلاف ما يقتضيه التشبيه.

ابن محرز: وقوله هنا بالحلول مُخَالف للأصل، وهو جواز الخلع بالغرر.

قال: فينبغي أن يكون لها خلع أو قيمة ما خالع به.

(ص): (**وَلَوْ خَالَعَها عَلَى عَبْدٍ وَيَزِيدُهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ جَازَ بِخِلافِ النِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ مُسَاوِيًا للألفِ أَوْ أَقَلَّ فكَمَا لَوْ خَالَعَ مَجَّانًا أَوْ خَالَعَ وَأَعْطَى...**)

(**ش**): يعني: يجوز اجتماع الْخُلع والبيع، بخلاف اجتماع النكاح والبيع كما تقدَّم، فإن كان العبد يساوي أكثر من الألف فلا شك أنه خلع، وإن كان مساويًا للألف فكما لو خالع مجانًا - أي: بغير شيء - فتأتي فيه الأقوال الثلاثة المتقدمة، وإن كان مساويًا للألف أو أقل من ألف فكما لو خالع وأعطى فأكثر الروايات أنها طلقة رجعية، وما ذكره المصنف نحوه في "المدونة[٢]".

ابن بشير: واعترض ذلك اللَّخْمِيّ، ورأى أنَّ الواجب كونه خُلْعًا صحيحًا مُطْلَقًا؛ لأنَّه قد يُعْطِي في العبد فوق قيمته لغرض له فيه، وما قاله بين، وقد علمت أن في كلام المصنف لفًّا ونشرًا، فإن قوله: (كَمَا لو خَالَعَ مَجَّانًا) راجع إلى قوله: (مُسَاوِيًا للألْفِ) وإن قوله: (خَالَعَ وأَعْطَى) راجع إلى قوله: (بأقل).

(ص): (**فَإِنْ كَانَ آبِقًا رُدَّتِ الزِّيَادَةُ وَكانَ لَهُ نِصْفُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَكَانَ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٣.

عَلَى الألْفِ بِتَقْوِيمِهِ بَعْدَ وِجْدَانِهِ، وَإِلا فَلا شَيْءَ لَهُ...)

(ش): أي: فإن كانت المسألة بحالها إلا أن العبد آبق لا تجوز المعاوضة عليه في البيع؛ ردت المرأة الزيادة وهي الألف، وكان للزوج نصف العبد، هذا مذهب ابن القاسم في "المدونة[1]". وقال محمد: إنما له ما زاد على الألف بتقويمه بعد وجدانه، فإن كانت قيمته ألفين كان له النصف، وإن كانت ألفًا وخمس مائة كان له الثلث، وإن كان ألفًا ومائتين كان له السدس.

قوله: (وَإِلا فلا شَيْءَ له) أي: وإن لم يزده على الألف فلا شيء للزوج في العبد، وهذا الخلاف مبني على الخلاف في الشيء المعلوم، إذا وقع في مقابلة معلوم ومجهول، هل يكون بينهما على السواء؟

فيكون نصف العبد في مقابلة الخلع، ونصفه في مقابلة البيع، فإذا أنقص ما قابل البيع لزم أن يكون له نصفه، وهو قول ابن القاسم هنا، وفي الشقص المصالح به عن موضحتي العمد والخطأ، وإنما يكون المعلوم في مقابلة معلوم، فإن فضل شيء كان في مقابلة المجهول، وعلى هذا يأتي قول محمد، وهو مذهب ابن نافع فيمن صالح بشقصٍ عن موضحتي العمد والخطأ.

نقل ابن راشد عن بعضهم أنه جعل قول محمد تفسيرًا، ولم أر إلا من حمله على الخلاف.

وفهم من قول المصنف: (بِتَقْويمهِ بَعْدَ وِجْدَانِهِ) أن القيمة إنما تعتبر عند محمد يوم وجدان الآبق.

محمد: وكذلك الجنين يوم خروجه والثمرة يوم تجذ. قال في "الجواهر": وهو المشهور. وقال أصبغ: القيمة في الآبق يوم الخلع، وكذلك الثمرة القيمة يوم الصلح إن كانت مؤبرة، وإن لم تؤبر فيوم تؤبر، ووافق في الجنين أن قيمته يوم ولد.

اللخمي: والقيمة في جميع ذلك يوم الصلح أحسن؛ لأن فيه وقع البيع.

(ص): **(وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَا فِي يَدِهَا فَوَجَدَها فَارِغَةً أَوْ كَالفَارِغَةِ، فَفِي لُزُومِ الطلاق قَوْلانِ: فَلَوْ وَجَد فَيْهَا مُتَمَوَّلا لَزِمَهُ...)**

(ش): أي: إذا كانت يدها مقبوضة فخالعها على ما في يدها، فإن وجد فيها ما له

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٤.

قدر كالدينار وشبهه لزم، وإن وجدها فارغة أو كالفارغة مثل أن يجد حجرًا أو وجد فيها درهما فحكى اللخمي وغيره ثلاثة أقوال:

اللزوم لابن الماجشون وسحنون؛ لأنه طلق بشيء يأخذه أو لا يأخذه. محمد: وهو أحبُّ إليَّ؛ لأنها لم تخدعه.

ونفي اللزوم وحكاه ابن حبيب عن مالك، قال: وهذا مما لا يجوز على أحد.

والثالث: لأشهب بالفرق، فإن وجدها فارغةً أو وجد فيها حجرًا لم يلزم، وإن وجد فيها درهمًا لزمه.

وظاهر كلام المصنف: أنه إذا وجد في يدها الدرهم يتفق على اللزوم؛ لأن الدرهم مِمَّا يتمول، وحكى ابن حبيب عن مطرف أنه إن كان في يدها ما ينتفع به كان خلعًا، وإن كان مِمَّا لا ينتفع به فليس بخلع وتكون طلقة له فيها الرجعة.

(ص): **(وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ فاسْتَحَقَّ لَزِمَهُ ويَرجِعُ بقيمَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ شُبْهَةٌ فَفِي لُزُومِ الطَّلَاق فَيَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ قَوْلانِ...)**

(ش): يعني: إذا خالعها على عبد فاستحق، فإن كان لها فيه شبهة؛ لزم الخلع ورجع بقيمته، وسواء استحق إلى رق أو إلى حرية. وحكى في "الجواهر" قولا بعدم الرجوع إذا استحق إلى حرية ويرجع على المشهور بالقيمة ولم يرجع لخلع؛ لأنه لم يدخل عليه. وحكى ابن عبد السلام عن ابن عبد الحكم أنه يرجع بخلع المثل.

أبو الحسن: وهنا سبع مسائل يرجع فيها العبد بعده، ومن نكح بعبد بعينه فاستحق أو صالح من دم عمد على عبد، أو باع السيد عبده من نفسه بعبد، أو باع السيد قطاعة مكاتب له بعبد، أو كان عوضًا عن عمد، أو صالح على الإنكار وإن لم تكن لها فيه شُبهة، كما لو قالت: أخالعك على هذا العبد أو الدار، فإذا بالعبد أو الدار كغيرهما، ولا شُبهة لها في ذلك، فقال عبد الملك: لا يلزمه الطَّلاق؛ لأنَّه طلق على أن يتم له ذلك.

ولم يحك الباجي وابن يونس وصاحب " الجواهر " وغيرهم هذا القول، والقول باللزوم بعيد وهو للخمي، قال: ويلزمه الطلاق وتغرم القيمة، إن كانت موسرة، وإن كانت فقيرة فحينئذٍ تعود زوجته.

وقول المصنف: (فَيَرْجِعُ) عطفه بالفاء ليؤذن أن ذلك مُرَتَّب على القول بلزوم الطلاق.

(ص): **(وَلَوْ خَالَعتهُ عَلَى دَرَاهِمَ أَرَتْهُ إِيَّاها فَوَجدَهَا زُيُوفًا فَلَهُ البَدَلُ كالْبَيْعِ)**

(ش): كذا في "المدونة[١]"، وقيَّدها بعضهم بأن تصالحه على دراهم طيبة، ولو اشترطت عليه أنك تأخذها دون تقليب لما لزمها بدل.

(ص): (وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَلا سُكْنَى لَهَا فَإِنْ أَرَادَ كِرَاءَ الْمَسْكَنِ وَهُوَ لِغَيْرِهِ لَزِمَ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وسَمَّى الكِرَاءَ لَزِمَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أن تَخْرُجَ لَمْ يَلْزَمْهَا...)

(ش): فاعل (لزم) في الموضعين من كلام المصنف عائد على الكراء، أي: لزمها الكراء ووقع الخلع.

وقوله: (وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ تَخْرُجَ لَمْ يَلْزَمهَا) أي: الخروج، وأما الطلاق البائن فقد وقع.

اللخمي: وقال ابن القاسم في "المدونة[٢]" في التي خالعت على أن لا سُكْنى لها: إن كانت في مسكن الزوج لم تخرج، ولا شيء للزوج عليها. قال: لأنَّ مالكًا قال: إذا وقع الخلع بحرام مضى الخلع ورد الحرام.

اللخمي: وأرى أن لا يرجع عليها بالأقل من كراء المسكن أو ما كانت تكري به؛ لأن أخذ العوض عن السكنى يجوز، وهو بمنزلة مَنْ خالع على شيء فاستحق من يده، إلا أن يكون انتقالها إلى أبيها أو إلى مسكنها، وهو الآن لا كراء له؛ لأنها لم تنتفع بشيء.

وفهم ابن عبد السلام أن فاعل (لَزِمَ) عائد على الخلع، واعترض كلام المصنف وقال: إنما قال في "المدونة[٣]": جاز، وهو أحسن؛ لأن تسمية الكراء شرط في جواز الخلع ابتداءً لا في لزومه، لأنه لازم؛ سمى الكراء أو لم يسمه. وعلى ما قررناه يندفع هذا على أن قوله: تسمية الكراء شرط في جواز الخلع إنما اعتمد فيه على مفهوم "المدونة". وقد يقال: هذا المفهوم غير مراد؛ لأن غايته إذا لم يسم الكراء يكون غررًا، والخلع بالغرر جائز إلا أن يُفْهم قوله فيها سمى الكراء على أن المراد ذكر الكراء لا ذكر قَدْرِه، ويكون احترز بذلك مِمَّا لو أَراد إسقاط الكراء. والله أعلم.

(ص): (وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ عِنْدَهُ لَزِمَ، إلا أَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ يُخَافُ عَلَيْهِ...)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧.

(ش): وقعت هذه المسألة هنا في أكثر النسخ، ولا حاجة إليها، وستأتي من كلام المصنف بأتم من هذا، فلنترك الكلام على هذه لذلك.

(ص): **(وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ وَتُنْفِقَ عَلَيْه حَوْلَيْنِ وَتحضُنَهُ صَحَّ)**

(ش): قوله: (حَوْلَين) أي: حولي الرضاع، وليس المراد حولين مطلقًا.

وقوله (صَحَّ) أي: الْخُلع، ولا إشكال في ذلك. ونقل في "التنبيهات " عن ابن وهب أنه قال في "المبسوط": إنَّما يجوز من ذلك صلحها في الحولين على الرضاع وحده، وأَمَّا على نفقته فلا يجوز في الحولين ولا بعدهما.

(ص): **(فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةً مُدَّةً أُخرَى عَلَيْهِ أَوْ عَلَى نَفْسِهِ سَقَطَتْ، وَقَال الْمَخْزُومِيُّ: لا تَسْقُطُ، وصُوِّبَ...)**

(ش): أي: فإن زيد على نفقة الولد ورضاعه نفقة مُدَّة أُخْرَى، إمَّا على الطفل وإما على الزوج، فمذهب "المدونة[1]" سقوط الزائد، وقال اللخمي، والمغيرة، وابن الماجشون، وأشهب، وابن نافع، وسحنون: لا تسقط. وهو صواب عند جماعة الشيوخ، حتى قال ابن لبابة: والجل على خلاف ابن القاسم وروايته.

المتيطي: قال غير واحد من الموثقين والعمل على هذا القول، ووجهه ظاهر لأن غايته أنه غرر، والغرر جائز هنا، ولذلك أقام بعضهم من "المدونة[2]" خِلافًا في جواز المخالعة على الغرر، وقال: هذه تدل على المنع. وفرَّقُوا بين هذه وغيرها من الغرر بفروق ضعيفة لم أرتض شيئًا مِنْهَا. وفي المسألة قولان آخران:

الأول: رَوَاه ابن زياد عن مالك: أنه يجوز في العامين وما قاربهما لا فيما كثر.

الثاني: قال أصبغ: أكرهه ابتداءً، فإن وقع أمضيته.

اللخمي وغيره: وهذا الْخِلاف إنَّما هو إذا وقع الخلع على ذلك ولم يشترط ثبات ذلك إن مات الولد ولا سقوط، وَأَمَّا إذا اشترط الأب نفقة الولد مُدَّة معلومة عاش الولد أو مات فيجوز عند ابن القاسم وغيره، وإن مات الولد أخذ الأب ذلك منها مُشَاهرة، حتى يتم الأجل وكذلك الأب.

(ص): **(وَعَلَى الْمَشْهُورِ لَوْ مَاتَتِ الأمُّ قَبْلَهُمَا فَفي مَالِهَا، وَلَوْ مَاتَ الطِّفْلُ فَقَوْلانِ)**

(ش): (قَبْلَهُمَا) أي: قَبْل الحولين. وقوله: (عَلَى الْمَشْهُورِ) أي: مذهب

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨.

"المدونة[١]": إذا خالعها على رضاع ولدها ونفقته مدة حولي الرضاع، لو ماتت الأم قبل تمام الحولين وقف من مالها بقدر مؤنة الولد إلى انقضائهما؛ لأنه دين تَرتَّب في ذمتها فوجب أن يكون في تركتها كسائر الديون، فإن مات الطفل فالمشهور وهو مذهب "المدونة" عدم الرجوع.

مالك في "المدونة[٢]": ولم أر أحدًا طلبه. وكأنه سلم أن القياس الرجوع إلا أَنَّ العُرْف عدم الرجوع فترك القياس لذلك.

محمد - موجهًا لهذا القول -: بمنزلة مَنْ صالح على أن عليها نفقة الحمل ورضاعه فأسقطته سقطًا فلا تتبع.

والقول الثاني: رواه أبو الفرج عن مالك، ولا شك أيضًا على قول المخزومي أنها إذا ماتت أنه يكون ما بقي في مالِهَا، ولا أعلم إذا مات الطفل ما يقوله المخزومي؟ ولعلَّ المصنف لهذا خصص التفريع على المشهور.

فروع:

الأول: قال ابن المواز: لو ولدت في المسألة المتقدمة ولدين لزمها إرضاعهما، ولا تعذر إن قالت: لا أقدر على رضاعهما.

الثَّانِي: إذا انقطع لبنها لزمها أن تَشْتَري له لبنًا. نقله ابن راشد.

الثالث: قال محمد: لو شرط عليها أن تكفل ولده بعد فطامه ثلاث سنين ولا تتزوج، لم يلزمها ذلك قربت المدة أو بعدت، كما لا يلزم الزوج اشتراط ذلك عليه، وَأَمَّا لو اشترط ألا تنكح حتى تفطم ولدها، فنقل ابن رشد عن مالك: ليس لها النكاح.

قال ابن القاسم في "العتبية": إذا كان يضر بالصبي منعت. وقال الأبهري: لها أن تتزوج وشرطه باطل، ولعله محمول على إذا لم يضر ذلك بالطفل فيتفق مع قول ابن القاسم.

وَحَكَى ابن عبد السلام أن لها أن تتزوج وإن ضر ذلك بالصبي ولم يعزه، وهو بعيد، قالوا: ومذهب "المدونة[٣]" ليس لها أن تتزوج وإن لم يشترط عليها عدم التزويج إذا شرط إرضاعها الصبي كما قال في المرأة إذا أجَّرت نفسها ظئرًا.

ابن عبد الغفور: فإن تزوجت قبل أمر الحضانة فسخ قبل البناء.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩.
(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩.
(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠.

الرابع: اختلف إذا خالع امرأته على أنها إذا ولدت، فعليها نفقته في الحولين، فقال مالك في "المبسوط": لي لها أن تطلبه بنفقة الحمل. وقال ابن القاسم وابن الماجشون والمغيرة: لها نفقة الحمل. واختاره اللَّخْمِي؛ لأنهما حقان أسقطت أحدهما وبقي الآخر، زاد الباجي في قول مالك: وليس لها أن تطلبه بالصداق. وكذلك نقل عن المغيرة، ووجه قولهما لما لم تشترط بقاء الصداق كان الظاهر إسقاطه؛ لأنَّه لم يرض منها بترك ما كان في ذِمَّته، حتى زادت نفقة الحمل.

(ص): (**فَإِنْ عَجَزَتْ فَعَلَيْهِ وَيَتْبَعُهَا**)

(ش): يعني: فإن عجزت المرأة عَمَّا التزمته من النفقة على الطفل في الحولين، فَعَلَى الأب أن ينفق عليه؛ لأن نفقته بالأصل على أبيه، فله أن ينقلها عنه بشرط أن لا يضر ذلك بالطفل، فإن عجزت رجعت إلى الأب وإلا لحصل الضرر للطفل.

وإذا أنفق فهل يتبع الأم بما أنفقته إذا أيسرت؟ وهو قول مالك في "العتبية". قال ابن يونس: وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك؛ لأنَّه أَدَّى عنها حقًّا قد لزمها، أو لا يتبع وهو قول ابن القاسم أيضًا وأصبغ. واقتصر المصنف على الأول، ووجه الثاني أن الأم إِنَّما التزمت نفقة الولد على الوجه الذي كان يجب على الأب فتسقط بالعسر.

(ص): (**وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تَسْقُطَ حَضَانَتُهَا فَالْمَشْهُور: تَسْقُطُ إِلا أَنْ يُخَافَ عَلَيْهِ، وتَنْتَقِلُ إِلَيْهِ أَوْ إِلى غَيْرِهِ كَمَا لَوْ أَسْقَطَتْهُ. وَقِيْلَ: لا تَسْقُطُ بِنَاءً عَلَى أَنَهُ حَقٌّ لَهَا أَوْ لِلَوَلَدِ...**)

(ش): هذا هو الذي ذكرناه انه أتم مِمَّا قبله ومَعْنَاه: أن الأم مقدمة في حضانة ولدها، فإذا خالعها على أن تسقط حضانتها، فإن كان في ذلك ضرر إِمَّا لعلوق الولد بأمه أو لأن مكان الأب غير حصين؛لم تسقط حضانتها بالاتفاق ويقع الطَّلاق بائنًا، وهكذا قال في "المدونة[1]". وأقام الشيوخ منها أَنَّ مَنْ طلق امرأته، وله منها ولد رضيع فتزوجت، وطلب الأب الولد أنه إن خِيْفَ على الولد إن نزع من أمه لم يكن له ذلك، حتى ينتفي الضرر كما هنا، وَإِنْ لَمْ يكن في ذلك ضرر؛ فالمشهور سقوط حضانتها.

ابن يونس: وقال عبد الملك: لا تسقط. وقاله في "كتاب المدنيين"، ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف: هل الحق للحاضنة فيكون لها إسقاطه، أم للولد فلا يكون

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠.

لها الإسقاط؟

واختار اللَّخْمِي قول عبد الملك إن كان الصبي رضيعًا ونحوه.

خليل: لأنه حينئذٍ لا يقوم به أحد كأمه، والمشهور وهو مذهب "المدونة[١]" الْحُجَّة لأحد القولين في باب (الحضانة)، إذا ترك مَنْ له الحق في الحضانة حقه إلى من هو في ثالث درجة أنه لا يكون للثاني القيام.

أبو عمران: والقياس خلافه وعارض فضل قوله في "المدونة[٢]" أن الحضانة حق للحاضن برواية ابن القاسم، يمنع أن يبيع الرجل الأمة برضاها على أن يفرق بينها وبين ولدها الذي لم يثغر، فمنعه من البيع مخالف للمشهور، وموافق لقول عبد الملك ففرق بينهما بأن الولد انتقل في مسألتنا إلى مَنْ لَهُ الحضانة وهو الأب، بخلافه في مسألة البيع فإنه ينتقل إلى من لا حضانة له.

(ص): **(وَنَفَقَةُ الآبِقِ والشَّارِدِ عَلَى الزَّوْجِ مَا لَمْ يَشْتَرِطْهُ، وَفِي نَفَقَةِ ثَمَرَةٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا قَوْلانِ...)**

(ش): مُراده بالنفقة الجعل على طلب الآبق والشارد، وإلا فالنفقة عليهما مع الجهل بموضعهما، أو مع عدم القدرة على تحصيلهما بحال.

وقوله: (مَا لَمْ يَشْتَرِطْهُ) أي على المرأة فيكون عليها، وهذا متفق عليه. والقولان في نفقة الثمرة التي لم يبد صلاحها لشيوخ عبد الحق.

أحدهما: أن ذلك أيضًا على الزوج؛ لأن الملك قد انتقل، ولا جائحة في الثمرة هنا فلا موجب لكونها على المرأة.

وثانيهما: أن ذلك على المرأة كالبيع، لأنَّ الشرع لما اغتفر الغَرر هنا صار الخلع على من يبدو صلاحه، يتنزل منزلة البيع فيما بَدَا صَلاحه. قال هذا القائل: وليس للمرأة أن تُجْبَر الزوج على جذِّ الثمرة؛ لأنه إنما دخل على بقائها.

ابن عبد السلام: وأشار بعض من سلك هذه الطريقة إلى إلزام حكم الجائحة. وسكت المصنف عن نفقة الأم إذا خُولِعَ على جنينها، قال غير واحد: والنفقة في ذلك على المرأة إلى خروج الجنين.

ابن عبد السلام: وهكذا ينبغي أن يكون السقي على المرأة إذا كانت الثمرة لم

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢.

تؤبر أو لم تخلق.

ابن المواز: وإذا خالعها على جنين في بطن أمه فهو له إذا خرج، ويجبر على الجمع بينهما فيباع مع أمه.

(ص): (**وَلَوْ تَبَيَّنَ فَسَادُ النِّكَاحِ إِجْمَاعًا رَدَّ مَا أَخَذَهُ، وَفِي الْمُخْتَلَفِ فِيهِ قَوْلانِ**)

(**ش**): لأنَّ ما أجمع على فساده يفسخ بالاتفاق فلا ملك للزوج في البضع؛ لأنه يفسخ بغير طلاق، والخلع طلاق فلا يمكن الجمع بينهما، وأَمَّا المختلف فيه فالقولان فيه مبنيان على الخلاف في أن الفسخ فيه هل بطلاق فيلزم الخلع أو بغير فلا يلزم؟

والقولان في "المدونة[١]"؛ لأن في إرخاء الستور إذا خالعها ثم تبين أنه تزوجها وهو محرم أنه يرد المال، وفي النكاح الثاني إذا تزوجها بغرر أو بغير ولي، وخالعها قبل البناء قولان:

أولهما: كما في إرخاء الستور، والثاني: أنه لا يرد المال.

ابن القاسم: ولو رأيت الخلع فيه غير جائز ما أجزت الطلاق. يريد: ولكن الطلاق فيه لازم.

(ص): (**فَإِنْ تَبَيَّنَ بِهِ عَيْبُ خِيَارٍ رَدَّ مَا أَخَذَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ وَمَضَى الْخُلْعُ**)

(**ش**): يعني: أَنَّ الخلع متفق على إمضائه، بِمَعْنَى أنه يقع الطلاق البائن، وإِنَّمَا اختلف في ردِّ ما أخذه، والمشهور رده، وهو مذهب "المدونة[٢]"، وهو في كتاب "إرخاء الستور". وقول المصنف: (عَيْبُ خِيَارٍ) يشمل العيوب الأربعة.

وقوله: (به) احترزًا مِمَّا لو تبين بها فإنه لا يرد ما أخذه، صَرَّح بِذَلِكَ في "المدونة[٣]"، وعلل ذلك فيها بأن له أن يقيم على النكاح.

ابن المواز: وليس له الرجوع بالصداق على مَنْ غَرَّه لعيب ذهب، وعارض سحنون هذه المسألة بما قَالَهُ في النِكاح الثاني في الذي تزوج بغرر أو بغير ولي قبل البناء أن له ما أخذ.

وقال: هذه ترد إلى ما في (كتاب الخلع) ووجه المعارضة أنه إذا كانت تأخذ منه ما دفعت إليه في العيب الذي لها الرضا به والمقام على ذلك النكاح فلأن يكون لها أخذه بما دفعت إليه، حيث يكونان مجبورين على الفسخ - أَوْلَى.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣. (٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥.

وقد يعارض بين المسألتين على العكس، فيقال: إذا كان للزوج ما دفعت إليه في النكاح الفاسد المجبور على فسخه، فلأن يكون له ذلك في النكاح الصحيح أَوْلَى.

وأُجيب بأن ما في "إرخاء الستور " إنما هو لعبد الملك وأنه لا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يظهر العيب بالزوج أو بالزوجة لا يرد المال في الوجهين، وحِينئذٍ تسقط المعارضة؛ لعدم اتحاد القائل.

لكن قال عياض: وكلام سحنون برد مسألة النكاح إليها يدل على خلاف ذلك، حينئذٍ تتحقق المعارضة وقد يجاب عنها بأنه لما اتفق العلماء على الردِّ بعيوب النكاح صار كالْمُجمع على فسخه، فلذلك قال ابن القاسم برد المال بخلاف إنكاح المرأة نفسها، فإنَّ أبا حنيفة يُخالف في ذلك بخلاف النكاح بالغرر فإن الخلاف عندنا فيه شهير.

والقول بأنه لا يرد إذا كان به عيب خيار لابن المواز قال: وإن تزوجها بغرر أو بغير ولي ثم خالعها قبل البناء؛ فإنه يرد ما أخذ منها كقول سحنون، وجعله ابن يونس ثالثًا قال: وهو أبينها. والله أعلم.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا بِمائَةٍ فَنَقَصَ لَمْ يَقَعْ طَلاقًا، وَلَوْ قَالَتْهُ فَزَادَ وَقَعَ وَالزِّيَادَةُ عَلَى الوَكِيلِ...**)

(**ش**): يعني: إذا وكل رجل مَنْ يخالع له زوجته بمائة مثلا، فإن خالعها بها أو زيد فلا شك في وقوع الطلاق البائن، فإن نقص لم يقع الطلاق؛ لأنه معزول عن ذلك، وهو ظاهر في النقص الكثير، وأما اليسير فينبغي أن يختلف فيه كالبيع.

وقوله: (**وَلْو قَالَتْهُ**) أي: ولو قالت المرأة ما قاله الرجل فقالت: خالع لِي زوجي بمائة، فإن خالعه بها أو أقل لزمها ذلك، وإن زاد وقع الطلاق البائن، وكانت الزيادة على الوكيل وينبغي أيضًا أن يقيد الزيادة بالزيادة الكثيرة، وأَمَّا اليسيرة فيلزمها كالوكيل على شراء سلعة.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا فَنَقَصَ عَنِ الْمِثْلِ حَلَفَ أَنَّه أَرَادَ خُلْعَ الْمِثْلِ**)

(**ش**): أي: لو وكل الزوج رجلا على أن يخالع له زوجته، فإن خالعها بخلع الْمِثْل فأكثر لزمه، وإن نقص عن المثل، ففي "الجواهر": القول قوله أنه أراد خلع المثل ولم يذكر يمينًا، ولم يذكرها أيضًا مالك في "المجموعة".

ابن عبد السلام: ولا تكاد تجد النص على اليمين، قال: وظاهر الرواية سقوط اليمين كَمَا في البيع وهو الأقرب، وقد يُقال بثبوتها هنا؛ لأن السلعة في البيع لها قيمة

كالمعرفة ولا قيمة هنا.

خليل: والظاهر أن اليمين هنا يَجْرِي الخلاف في توجيهها على الخلاف في أيمان التهم، وقد نصَّ مالك في "العتبية " على اليمين في مَنْ قال لامرأته: إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك؛ فأنت طالق فدعته إلى دينار، فقال: لم أرد هذا، وإنما أردت نصف ما تملكينه.

فقال: لا يلزم الخلع، ويحلف ويُخَلَّى بينه وبينها.

ابن القاسم: وإن لم تكن له نية فلم يجبها حنث. لكن قال في "البيان": قوله: (يحلف) يدل على أنه لم يكن مستفتيًا في يمينه وإِنَّمَا كان مُخَاصِمًا، ويحلف لأنه ادَّعى نية تخالف ظاهر اللفظ، ولو كان مستفتيًا لقبل ذلك منه بغير يمين. ونقل ابن بشير مسألة " العتبية " هذه وذكر أنه لم يجب عليه في الرواية يمينًا قال: وقد تجري على أيمان التهم.

وعند ابن شعبان: لَهُ أن يطالبها بجميع ما تملكه، وأَنْكَرَه اللخمي، ورأى أن ذلك ليس من مقاصد الناس، وإنما يقصدون بعض المال لا كله، وانظر قول ابن بشير مَعَ ما تقدَّم ولم يوجب في الرواية يمينًا، إلا أن يكون حمل ما في الرواية على المرافعة كما ذكر صاحب " البيان".

(ص): **(وَإِذَا تَنَازَعَا فِي أَصْلِ العِوَضِ حَلَفَتْ وَبَانَتْ بِقَوْلِهِ، وَقَالَ عَبد الْمَلِك: يَتَحَالَفَانِ وَتَعُودُ زَوْجَة...)**

(ش): إذا اختلفا على الطلاق وقال الزوج: كان على عوض ولم تدفعيه لي. وقالت الزوجة: إنما كان على غير عوض، فقال مالك وابن القاسم: القول قولها مع يمينها ولا شيء عليها.

ابن راشد: وهو المشهور. وقال عبد الملك: القول قوله وتعود زوجته بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكر، وتحلف هي أنه كان طلاقًا بغير عوض.

اللخمي: والأول أحسن، ولا يَرْتَفع الطلاق بعد وقوعه، ومنشأ الخلاف: هل تتبعض الدعوى ويؤخذ الزوج بما أقر به أم لا؟ ولأصبغ ثالث: إن أقرَّ بالخلع وسبق إقراره بقوله: إِنَّما أردت أن لا يتم حتى تعطيني، فالقول قوله، وإلا فالقول قولها.

(ص): **(وَفِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ حَلَفَتْ وَبَانَتْ)**

(ش): (وفي جنسه) أي: فإن اتَّفَقَا على الخلع واختلفا في جنس ما وقع الخلع به،

كما لو قال: بعبد، وقالت: بل بدينار أو قدره، كما لو قال: بدينارين، وقالت: بل بدينار، حلفت وبانت؛ لأنه مقر بالطلاق ومدع عليها، فإن نكلت حلف وأخذ ما ادَّعاه.

(ص): (وَلَوْ تَنَازَعَا فِي وَقْتِ مَوْتِ غَائِبٍ خُولِعَ عَلَيْهِ، أَوْ عَيْبِهِ فَهِيَ مُدَّعِيَةٌ، فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ فَلا عُهْدَةَ بِخِلافِ الْبَيْعِ...)

(ش): هكذا قال ابن القاسم، ونص ما نقله ابن يونس عنه: قال سحنون، عن ابن القاسم: وإذا صالحته على عبد غائب فمات أو وجد به عيبًا، فقالت: كان ذلك به بعد الصلح. وقال هو: قبل الصلح. فالمرأة مدعية وعليها البينة، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح فلا عهدة فيه بخلاف البيع.

وإلى هذا أشار بقوله: (فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ) أي الموت أو العيب بعد الْخُلْع فلا عهدة على الزوجة.

وقوله: (بِخِلافِ البَيْعِ) ظاهره أن المخالفة راجعة إلى قوله: (ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ) ووجه المخالفة على هذا أنها بائعة للعبد بالعصمة، فكان ينبغي أن يكون الضمان منها؛ لأن المشهور أن ضمان المبيع على الصفة من البائع، إلا أن يشترطه على المشتري، ويحتمل أن تعود المخالفة إلى قوله، فتكون مدعية، ويكون وجهها على هذا أن يجعل الزوج هو البائع للعصمة فكان ينبغي أن يكون الضمان منه، لأنَّ المشهور في المبيع الغائب، وإطلاق البائع عليه أَوْلَى؛ لأن لها أن تخالع عوضًا عن العبد بدارهم، وحينئذٍ لا يقال عُرْفًا أنها باعت الدراهم، وهذا يعين أن يكون قول المصنف: (فَهِي مُدَّعِيَةٌ)، ثابتًا في متن كلامه كما في "الجواهر" وكلام ابن القاسم المتقدم. وسقط ذلك في بعض النسخ وليس يجيد فإن قيل: ما الفرق على هذا بين البيع والخلع؟

فالجواب: إِنَّما لم نقل أن الضمان منه؛ لكونه لا يدفع العبد، بخلاف البائع في البيع.

هذا ما ظهر لي، وَلَمْ أجزم بمراد المصنف، والمراد هنا بالعهدة عهد الدرك والاستحقاق لا عهدة الثلاث وعهدة السنة. والله أعلم.

(ص): (وَلَوْ ثَبَتَ مَوْتُ الآبِقِ قَبْلَهُ فَلا عُهْدَةَ؛ لأَنَّهُ عَلَيْهِ دَخَلَ، إلا أَنْ تَكُونَ عَلِمَتْ فَعَلَيْهَا قِيمَتُهُ...)

(ش): يعني: أن ما قدم هو في الغالب غير الآبق، وَأَمَّا الآبق يتبين بعد الخلع أنه مات قبل الخلع فلا شيء عليها، وهو معنى قوله: (فلا عُهْدَةَ) أي على المرأة؛ لأن

الموت بعض ما دخل عليه الزوج وهو معنى قوله: (عَلَيْهِ دَخَل) إلا أن تكون حين المخالعة علمت بموته فتكون غارة، وتعد كالملتزمة بقيمته، وهكذا نقل عبد الحق عن غير واحد من شيوخه.

(ص): (**الصِّيغَةُ: وَهُوَ كَالْبَيْعِ فِي الإيجَابِ والقَبُولِ**)

(**ش**): هذا هو الركن الخامس وهو كالبيع؛ أي: في أنه لا بُدَّ من الإيجاب والقبول، ولا يشترط فيه أن يكون بصيغة خاصة، بل تكفي المعاطاة، قال في "المدونة(١)": وإن أخذ شيئًا مِنْها وانقلبت، وقالا ذاك بذاك ولم يسميا طلاقًا فهو خلع.

(ص): (**إلا أَنْ يَقَعَ مُعَلَّقًا مِنْهُمَا فَلا يُحْتَاجُ إِلى القَبُول نَاجِزًا وَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ مِثْلَ: مَتَى أَعَطَيْتِنِي أَلْفًا فأنتِ طَالِقٌ، أَوْ مَتَى طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ...**)

(**ش**): قوله: (مِنْهُمَا) أي منه أَو مِنْهَا، ولا بُدَّ أن يكون التعليق وقع منهما جميعا.

وقوله: (مَتَى أَعْطَيْتِنِي)، تعليق من جهة الزوج و(مَتَى طَلَّقْتِنِي) تعليق من جهتها، وذكر المثالين مِمَّا يبين لَكَ أن مراده بقوله: (**مُعَلَّقًا مِنْهُمَا**) ما ذكرناه.

وقوله: (فَلا يُحْتَاُج إِلى القَبُولِ نَاجِزًا) يقتضي أنه إذا لم يكن مُعلقًا يحتاج إلى القبول ناجزًا، وهو كذلك كَمَا في عقود المعاوضة.

وفي "المدونة(٢)": إن قال لها: أَنتِ طالق على عبدك هذا، فإن قبلت قبل التفرق لزمها وإلا فلا قبول لَهَا.

عبد الحق: وسألت بعض القرويين: هل هذا على أحد قولي مالك في التمليك؟

فقال: لا يدخل الاختلاف هنا؛ لأن هذا ضرب من المبايعة فيقتضي الجواب في الحال، فإذا افترقا ولم يجب فلا كلام لها. وقال في "الجواهر": إذا علق بالإقباض والأداء والإعطاء لم يختص بالمجلس، إلا أن يدل دليل على اختصاصه به وإن كان يقتضي الجواب ففي بقائه لها وإن تفرقا خلافًا.

اللخمي: وإن قال: أنتِ طالق على عبدك أو إن أعتنني أو إذا أعطيتيني أو متى أعطيتني عشرة دنانير فأنتِ طالق، كل ذلك لازم إذا أعطته، ويفترق الجواب في الوقت الذي إذا أعطته لزمه أخذه، والطلاق؛ فإن قال: أنت طالق على عبدك فلم ترض في المجلس لم يلزمه شيء؛ لأنه يقتضي المجاوبة في الحضرة، وإن قال: إذا أو متى؛ كان

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧.

ذلك بيدها وإن افْترقا ما لم يطل ويرى أنها تاركة أو يمضي ما يرى أن الزوج لن يجعل التمليك إلى ذلك الوقت.

واختلف إذا قال: إن أعطيتني هل يحمل ذلك على المجلس وإن افترقا؟ وأرى أن ذلك بيدها إذا قالت: نعم، وانصرفت على ذلك وإن سكتت ضعف قولها انتهى.

ابن راشد: اختلف إذا تراخى القبول عن الإيجاب في البيع، أشار ابن العربي في ذلك ثم قال: والمختار جواز تأخير ما تأخر، ومُقْتَضَى هذا أن يجوز ذلك في الخلع أيضًا؛ لأنه قال في الأصل: هو كالبيع في الإيجاب والقبول فتأمله.

ابن عبد السلام: ومراد المصنف بالقبول دفع المال لا التزام دفعه من المرأة والرضا بذلك من الرجل، فإن ذلك لا بُدَّ منه عند سماع كلام من طلب ذلك منهما، إلا أن المؤلف تجوز في العبارة فعبر بالقبول الذي هو سبب عن دفع المال الذي هو مسبب.

(ص): (**وَمِثْلَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفًا خَالَعْتُكِ، إِنْ فُهِمَ الالْتِزَامُ لَزِمَ، وَإِنْ فُهِمَ الْوَعْدُ وَدَخَلَتْ فِي شَيْءٍ بِسَبَبِهِ - فَقَوْلانِ...**)

(**ش**): (لَزِمَ) أي الطَّلاق البائن بدفع المال إن فهم الالتزام.

ابن راشد: بلا خلاف، وإن فهم الوعد ودخلت في شيء بسببه، كَمَا لو باعت قماشها أو كسرت حليها فقولان: روى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يلزمه.

ابن عبد السلام: وهو المعروف. وقيل: لا يلزمه، ويحلف ما أردت طَلاقًا، ومفهوم كلامه أنها إن لم تدخل في شيء بسبب الوعد، فلا يلزمه الطلاق وهو جار على المشهور في عدم الوفاء بالوعد، وعَلَى الشاذ بلزوم الوفاء يلزم الطَّلاق هنا، قال في "البيان": وعليه فيحلف.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي مَا أُخَالِعُكِ بِهِ لَمْ يَلْزَمْ بالتَّافِهِ، وَيَلْزَمْ بِالْمِثْلِ عَلَى الأَصَحِّ**)

(**ش**): يعني إذا قال: إنْ أعطيتني ما أخالعك به فقد خالعتك، أو فأنتِ طالق لم يلزم بالتافه. قال في "المدونة[1]": ويخلى بينه وبينها، ولم يوجب عليه يمينًا، وفي قوله: (بِالتَّافِهِ) نظر.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧.

والذي قاله ابن بشير: فأعطته نصف دينار. وقال اللخمي: فأعطته دينار، وأما لو أعطته ما يخالع به مثلها، فقال المصنف: الأصح اللزوم؛ لأنه إذا تقيد الكلام بالعُرفِ وخرج عنه القليل؛ فكذلك يتقيد بالعُرف إذا طلب هو الزائد عن خلع المثل، ومقابل الأصح لابن شعبان: أن القول قوله إلى قدر ما تملكه المرأة، وليس بالبين ولا يؤخذ مقابل الأصح من كلام المصنف.

(ص): (وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْدًا لَزِمَ بِمُسَمَّى عَبْدٍ)

(ش): قال في "الجواهر": وإن قال: إن أعطيتني عبدًا؛ بغير تقييد بصفة، طُلِّقَتْ بكلِّ ما يطلق عليه اسم عبد من السليم، فقيده بأن يكون سليمًا ولا بُدَّ من ذلك، وظاهر كلامه في "الجواهر"، وكلام المصنف أنه لا فَرْق في اللزوم بين أن يكون العبد قليل القيمة أو لا.

وفي "المدونة[1]": ولو خالعته على ثوب مروي ولم تصفه جاز، وله ثوب وسط من ذلك، فانظر هل يؤخذ من هذا أنه يشترط في العبد أن يكون وسطًا؟

(ص): (وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْدًا لَزِمَ بِمُسَمَّى عَبْدٍ)

(ش): لأنَّه لما عينه بالإشارة ودفعته إليه لم يقدح في ذلك خطاه على نفسه؛ لتفريطه في ذلك.

(ص): (وَلَوْ قالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الثَّوْبِ الْمَرْوِيَّ، فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ لَزِمَ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ خَالَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا، ثُمَّ خَالَعَهَا فَالْمَنْصُوصُ يَرُدُّ مَا أَخَذَ، وأَجْرَاهُ اللَّخْمِي عَلَى الشَّاذِّ فِي: إِنْ بِعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَتَبِينُ ثَلاثًا فَإِنْ لَمْ يُقَيِّدْ فَطَلْقَتَانِ، وَأَجْرَاهُ اللَّخْمِيّ عَلَى الْخِلافِ فيْمَنْ أَتْبَعَ الْخُلْعَ طَلاقًا)

(ش): يعني: إن علق طلاقها على خلعها ثم خالع، فإن كانت يمينه بالثلاث ففي "المدونة[2]" وغيرها أنه يرد ما أخذ منها ويقع عليه الطلاق الثلاث، وقاسها في "الموازية" على قول مالك في القائل لعبده: إن بعتك فأنت حر، وكذلك أَجْرَاه اللَّخْمِي فِي الْخُلْع قولا بعدم الردِّ من الْخِلاف في القائل: إن بعت عبدي فهو حر، ثم باعه.

والمشهور أنه يرد البيع ويعتق على البائع، والشاذ أن البيع ماض ولا عتق؛ لأنه إنما يلزمه العتق إذا حصل في ملك المشتري، ولا يمكن إلزامه العتق وهو في مِلْك الغير.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٩.

اللَّخْمِي: فجعل هذا القائل البيع يسبق الحنث، وكذلك يكون الطَّلاق الثلاث بعد الخلع فلا يكون عليه رد المال، وهو أحسن؛ لأن الفاء للتعقيب. والمشهور جار على أن الشرط والمشروط يقعان معًا.

ابن راشد: والحق هو المشهور؛ لأنه لَمَّا علق فعله لا على فعل غيره، لقوله: إن بعتك فأنت حر وبيعه إنما هو صدور الإيجاب، وصدور الإيجاب هو السبب في العتق، لكن لا يتحقق كونه سببًا إلا بقبول المشتري، فإذا قبل المشتري تحققنا تقدم سبب العتق، فلذلك قلنا بفسخ البيع وإمضاء العتق.

كذلك مسألة الخلع فقوله: (إِنْ خَالَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا) علق الطَّلاق على خلعه، فتبين إن صدر الإيجاب، وصدر منها القبول وقع الطَّلاق مستندًا لإيجابه لا لقبولها. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن المعلق علق بوجود البيع، وحقيقة البيع لا تحصل إلا بمجموع الإيجاب والقبول.

وقوله: (فَإِنْ لَمْ يُقَيِّدْ) يعني: وإن يقيد يمينه بالثلاث، بل قال: إن خالعتك فأنتِ طالق، فقال في "المدونة[1]" وغيرها: يلزمه طلقتان؛ واحدة بالخلع، وأُخرى باليمين.

وأَجْرَى اللَّخْمِي قولا بلزوم واحدة فقط من الشاذ فيمن أتبع الخلع طلاقًا، أو قال لغير المدخول بها: أنت طالق أَنْتِ طالق. وقد يفرق بينهما، فإن قوله: إن خالعتك فأنتِ طالق قد يقال فيه بوقوع الشرط والمشروط معًا، وذلك أن المعلق عليه عِلَّة شرعية للمعلق أَجْرَاها العلماء مَجْرَى العِلَّة العقلية، فكما أن العلة العقلية لا يتأخر عنها معلولها في الزمان كحركة الخاتم والإصبع، فكذلك العِلَّة الشرعية بخلاف من أتبع الخلع طلاقًا، أو قال لغير المدخول بها: أَنْتِ طالق أَنْتْ طالق.

فإن وقعت الطلقة الثانية متأخرة عن الأولى بالزمان، ثُمَّ في القياس على من أتبع الخلع طلاقًا - نظر؛ وذلك أن الخلاف ليس منصوصًا فِيْمَنْ اتَّبع الْخُلع طلاقًا، إِنَّما الخلاف فيمن قال لغير المدخول بها: أَنْتِ طالق أنت طالق. والصحيح عند أهل الأصول: المنع من قياس فرع على فرع مقيس على أصل، وبيان ذلك في محله، وقوله: (طَلْقَتَانِ) يعني: ولا يرد العوض.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٠.

(ص): (وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُك ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ واحِدَةً عَلَى ثلثه لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَبِلَتْ بِأَلْفٍ وقعت...)

(ش): إِنَّما لم يقع إذا قبلت واحدة على ثلث الألف؛ لأن الزوج يقول: لم أرض بخلاصك مني إلا بالألف، وأنت إذا قبلت واحدة بثلث الألف تريدين أن تتخلصي مني بدون ذلك؛ ولأن الزوج قد يكون مقصوده في مجموع الألف، ولهذا قلنا باللزوم إذا قبلت واحدة على الألف؛ لأن مقصوده حصل ولا يتعلق بوقوع الثلاث غرض شرعي.

(ص): (وَلَوْ قَالَتْ: طَلقْنِي ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَقْتُكِ وَاحِدَةً أَوْ بِالعَكْسِ وَقَعَ واسْتَحَقَّ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا؛ لأَنَّ مَقْصُودَهَا حَصَلَ...)

(ش): يعني: إذا سألته أن يطلقها ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة على ذلك، أو سألته أن يطلقها واحدة على ألف فطلقها ثلاثًا على ذلك، وهو معنى قوله: (أَوْ بالْعَكْسِ وَقَعَ) أي: الطلاق البائن فيهما.

(واسْتَحقَّ ذَلِكَ) الألف (عَلَى الْمَنْصُوصِ فيهِمَا) أي: الفرعين.

والصورة الأولى منصوصة في "الموازية"، والثانية في "المدونة[1]" وغيرها إلا أنه فرضها في "المدونة" إذا سألته طلقتين، وعلَّل المصنف ذلك بأن (مَقْصُودَهَا حَصَلَ) أي: مقصودها في الأولى البينونة، وقد حصلت والثلاث لا يتعلق بها غرض شرعي، ولا شك في حصول مقصودها في الثانية بل وزيادة.

وقال اللخمي: أرى إذا أعطته على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثًا أن ينظر إلى سبب ذلك، فإن كان راغبًا في إمساكها وهي راغبة في الطلاق لا مقال لها، وإن كان راغبًا في طلاقها فأعطته على أن يكون طلاقه واحدة أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها إِنَّما أعطته على ألا يوقع إلا اثنتين لتحل إن بَدَا لَهُ من قبل من الزوج، وكذلك إن أعطته على أن يطلقها ثلاثًا فطلقها واحدة، ينظر فإن كان عازمًا على طلاقها واحدة؛ كان لها أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها للاثنين أعطت، وَإِنْ كان راغبًا في إمساكها فأعطته على أن يطلق ثلاثًا جرت على قولين فيمن شرط شرطًا لا ينفعه هل يُوفى له به أم لا؟

وحكى ابن عبد السلام: في قوله: جرى على القولين في شرط ما لا يفيد: فقد

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣١.

يقال في هذا الوجه أنه من شرط ما يفيد؛ لأنه إذا كان راغبًا فيها وهي كارهة كان مقصودها من إعطاء العوض البُعد عنه على أتم الوجوه؛ بحيث لا يبقى له فيها طلب، وذلك إنما يحصل مع الثلاث، وأَمَّا الواحدة فقد يتوسل إلى مراجعتها بمن لا يمكنها رَدَّه، قال: وقول اللخمي مقابل للمنصوص الذي أشار إليه المصنف، إلا أنه لا يفهم من كلامه مفصَّلا، ويحتمل أن يريد المصنف بمقابل المنصوص في الصورة الأولى ما قاله عبد الوهاب في "الإشراف"، فإنه قال بعد أن نقل عن ابن المواز ما تقدَّم من اللزوم إذا قالت: طلقني ثلاثًا بألف، فقال: طلقتك واحدة بالألف، قال: عندي أن النظر أن الخلع يقع ولا يستحق شيئًا من الألف.

(ص): (**وَالطَّلاقُ السُّنِّيُّ: أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَاحِدَةً، وَهِي غَيْرُ مُعْتَدَّةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ**...)

(ش): لما قدم أن الطلاق على ضربين: أحدهما بعوض، وفرغ منه شرع في الكلام على الضرب الآخر وهو الخالي عن العوض، وليس المراد بالسُّنِّي أنه راجح الفعل كما هو المتبادر إلى الذهن من النسبة إلى السُّنَّة، بل على أنه الذي أذنت فيه السُّنَّة مقابلا للبدعي ونحوه لعبد الوهاب وغيره.

وطلاق البدعة: ما وقع على غير الوجه المشروع، والطَّلاق مُباح من حيث الجملة. وقال بعض الشيوخ: إنه مكروه لما في أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام: "أَبْغَضُ الْحَلالِ إِلَى اللهِ تَعَالَى الطَّلاقُ"(١).

ولا إشكال أنه قد يعرض له الوجوب والتحريم والندب، وثبت أنه عليه الصلاة والسلام طَلَّق حفصة واحدة ثم راجعها، وطلق العالية بنت سفيان وهي التي كانت تُدْعَى أم المساكين.

وذكر المصنف لطلاق السُّنَّة أربعة قيود:

الأول: أن يطلق في طُهْر، فلو طلقها في حيض كان مطلقًا للبدعة.

عبد الوهاب: وهو حرام بإجماع.

واختلف هل المنع في الحيض تعبدًا أو لطول العِدَّة عليها؟ وهو المشهور كما

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢١٧٨) وابن ماجه، برقم (٢٠١٨).

وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية، وقال: لا يصح، قال يَحْيَى: الوصافي ليس بشيء، وقال الفلاس والنسائي: متروك الحديث.

سيذكره المصنف؛ لأنه إذا طلقها في حيض لا تعتد به فيلغي بقية أيام الحيض.

القيد الثاني: أَنْ لا يجامعها في ذلك الطُهر، فإن جَامَعها ثم طلقها كان مطلقًا للبدعة، وليس ممنوعًا كطلاق الحيض.

فقد صرَّح في "المدونة[١]" بكراهيته، وفي "الاستلحاق " عن بعض الشيوخ: أنه محظور كالطلاق في الحيض، واختلف في وجه الكراهة، فقال عبد الوهاب: لأنه ليس عليها عِدَّة، فلم تدرِ هل تعتد بالوضع أو بالأقراء؟ لأنَّه يندم إن خرجت حاملا. وقيل: لخوف الندم خاصة إن خرجت حاملا، وقيل: لتكون مستبرأة فيكون على يقين من نفي الحمل إن أتت بولد وأراد نفيه.

وضعف اللخمي الأول لعدم اللبس في العِدَّة، وكذلك لأنَّ العِدَّة لا تفتقر إلى نية وهي تنتظر في المستقبل، فإن رأت حيضًا بنت عليه، وإن ظهر حمل انتظرت الوضع.

القيد الثالث: أن يطلقها واحدة.

اللخمي: وإيقاع الاثنين مكروه، والثلاث ممنوع لقوله تعالى: ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] أي: من الرغبة في المراجعة والندم على الفراق، ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حقِّ مَنْ أوقعه؛ لما خرَّجه ابن أبي شيبة أن ابن عباس أتاه رجل، فقال له: إن عمي طَلَّق امرأته ثلاثًا، فقال: إن عمك عَصَى الله. فأندمه ولم يجعل له مخرجًا، وعن أنس أن عمرَ رضي الله عنه: كان إذا أُتِي له برجل طَلَّق امرأته ثلاثًا في مجلس واحدٍ أوجعه ضربًا وفرق بينهما، وقال عمران بن الحصين نحوه قال: ولا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة.

وحكى في "الإشراف " عن بعض المبتدعة أَنَّه إِنَّما يلزم موقع الثلاث واحدة، وعن بعض الظاهرية أنه لا يلزمه شيء.

الباجي: وَإِنَّما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحاق، وتعلَّقوا بحديث طاوس، عن ابن عباس أنه قال: كَانَ الطلاق في عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأبي بكر رضي الله عنه، وسنين من خِلافةِ عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: (قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فأمضاه عليهم). وهو خبر صحيح رواه الأئمة، وطاوس إمام، وابنه إمام، وقال بعضهم: وهو وهم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٢.

الباجي: وعندي أن الوهم وقع في التأويل، ومعناه عندي أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاثًا بدليل قوله: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة.

وقد روي عن ابن عباس من غير طريق أَنَّه أفتى بلزوم الثلاث لمن أوقعها مجتمعة.

فإن حمل حديث طاوس على ما تأَوَّلْنَاه فلا كلام، وَإِنْ كان على غير ذلك فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة وانعقد به الإجماع، وحكى التلمساني عندنا قولا بأنه إذا أوقع الثلاث في كلمة أنه إنما تلزمه واحدة؛ وذكر أنه في "النوادر"، ولم أره، وشذ بعض المبتدعة أيضًا، فقال بعدم اللزوم إذا طلق في الحيض، وبذلك قال بعض البغداديين.

ويرده ما جاء في الصحيح في بعض طُرق حديث ابن عمر لما طلق في الحيض قال: فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقها. ذكره مسلم، وفي البخاري: وحسبت عليَّ تطليقة، لكن خرج أبو داود عن ابن الزبير أنه سمع ابن عمر قال: فردها على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يرها شيئًا.

أبو داود: والأحاديث كلها على خلاف، ولعل هؤلاء لاحظوا كون النهي يدل على الفساد.

القيد الرابع: أن تكون غير معتدة منه، يتحرز من أن يطلقها في كل طهر طلقة ما لم يرتجعها، فإن فعله فالأولى للسُّنَّة والأخيرتان للبدعة، وهذا مذهب "المدونة[1]"، وقال أَشْهَب: له أن يطلقها في كلِّ طُهْرٍ طلقة ما لم يراجعها في خلال ذلك، وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يسعه ذلك؛ لأَنَّه تطويل للعِدَّة عليها ويضر بِهَا وهذا مقابل المشهور، ورأى في المشهور أن ذلك بمنزلة مَنْ طَلَّق ثلاثًا في دفعة ورأى أنه ليس في ذلك تطويل.

عياض: ولأشهب قول آخر: أنه لا بأس إن ارتجع بنية الفراق، ولا خلاف أنه لو ارتجع بنية البقاء ثُمَّ بَدَا له فطلق، هكذا في كل طهر لما كره له الرجعة ولا الطلاق.

(ص): (وَالْبِدْعِيُّ عَلَى خِلافِهِ)

(**ش**): أي: فَقَد منه القيود، إِمَّا بأن يكون في حيض، أَوْ فِي طُهْرٍ مسَّ فيه، أَوْ أكثر

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٢.

من واحدة، أو طلقها وهي معتدة، ويحسب ما فقد منه من القيود من الكثرة والقِلَّة يبعد عن السنة، ولا يمكن أن يفقد جميع القيود؛ لأن أحد القيود أن يكون في حيض، والآخر أن يكون في طُهْر جامع فيه فلا يمكن اجتماعهما، ولا يلحق بالطهر المجامع فيه الحيض المجامع فيه؛ لأنه الوطء في الطهر يكون عنه الحمل فيحصل اللبس، نعم يمكن أن يتكلف إلحاقه به إذا كان الجماع في أواخر الحيض، كما يقال في كتاب "الاستبراء".

(ص): **(فَلا بِدْعَةَ فِي الصَّغِيرةِ واليَائِسَةِ والْمُسْتَحَاضَةِ غَيْرِ الْمُمَيِّزَةِ إلا فِي العدَدِ، وَفِي الْمُمَيِّزَةِ قَوْلانِ...)**

(ش): لأنهن لا حيض عليهن، والقولان في المستحاضه المميزة مبنيان على القولين في عِدَّتها هل هي بالأقراء أو بالسُّنَّةِ؟

فعلى المشهور: أنها تعتد بالأقراء فيكون طلاقها في الحيض بدعيًّا، وعلى أنها تعتد بالسُّنَّة لا يكون بدعيًّا. ونقل الباجي عن عبد الوهاب أنه قال: مَنْ جاز طلاقها في كل وقت كالصغيرة واليائسة لا يوصف بسُنَّة ولا بِدعة.

(ص): **(وعُلِّلَ فِي الْحَيْضِ بِتَطْوِيلِ العِدَّةِ، وقيلَ: غَيْرُ مُعَلَّلٍ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ يَجُوزُ طَلاقُ غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَالْحَامِلِ فِي حَيْضتهما...)**

(ش): أَمَّا قوله: (وُعُلِّلَ فِي الْحَيْضِ بتَطْويلِ العِدَّةِ)، وقيل: غير معلل، وقد تقدم التنبية عليه.

(وعَلَى الْمَشْهُورِ) أي: التعليل. (يَجُوزُ طَلاقُ غَيْرِ الْمَدْخُول بِهَا والحامل في حيضتهما) إذ لا تطويل في حقهما؛ لأن غير المدخول بها لا عِدَّة عليها، والحامل في عِدتها بالحمل فلا أثر لحيضتهما، وما ذكرناه جار على المشهور هو في "المدونة[1]" فقد نص فيها على طلاق غير المدخول بها والحامل متى شاء، ونص ابن شعبان وأبو عمران على الجواز في الحامل، ومنعه ابن القصار لما عورض بقول المخالف لو كانت الحامل تحيض لكان الطلاق فيه حرامًا، فقال: كذلك أقول.

ابن عبد السلام: وروي عن مالك أيضًا منع طلاق الحائض غير المدخول بها، وعن أَشْهَب كراهته فقط.

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٣.

فرع:

فإن طلق من ولدت وبقي في بطنها آخر، فقال أبو عمران: إنْ قلنا بطلاق الحامل حال الحيض لم يجبر على الرجعة.

تنبيهان:

الأول: ما ذكر المصنف من أن المشهور التعليل بتطويل العِدَّة، قال اللخمي: الظاهر من المذهب خلافه، وأنه غير معلل قال: ولو كانت العلة التطويل؛ لجاز أن يطلقها في الحيض برضاها؛ لأنه حق لها، ويلزم أيضًا ألا يجبر على الرجعة إلا أن تقوم بحقها في التطويل؛ لأنه حق لأدمي فلا يقتضي به حتى يقوم به، ولا يجبر على الرجعة إذا طهرت؛ لأن الْمُدَّة التي كان فيها التطويل قد ذهبت.

الثاني: إنما تعرض المصنف لعِلَّة المنع في الطلاق في الحيض دون سائر الطلاق؛ لأن كتابه ليس موضوعًا لبيان التوجيه، وذكر الأسباب وإنما هو موضوع للأحكام فلذلك ذكر هذا لما يترتب عليه من الأحكام دون غيره.

(ص): **(وَالْخُلْعُ كالطَّلاق، وَقِيْلَ: لا؛ لأنَّه بِرضَاهَا)**

(ش): قوله: (والخلع كالطلاق) أي فيمتنع، وهو قول ابن القاسم وأشهب وهو المشهور، وقيل: ليس الخلع كالطلاق فيجوز وهذا القول هو الجاري على التعليل بتطويل العِدَّة، قال في "الجواهر": واختلف في عِلَّة الجواز على هذا القول، فقيل: لأن ذلك تطويل برضاها، وقيل: لأنَّه معلل بضرورة الافتداء، ويخرج على تحقيق العلة فرعان: جواز الطلاق برضاها وأن يكون عوض، واختلاع الأجنبي، وإلى هذين الفرعين أشار بقوله:

(ص): **(فَيَتَخرَّجُ عَلَيْهِ جَوازُ طَلاقِهَا فِي الْحَيْضِ بِرضَاهَا، وَمَنْعُهُ فِي اخْتِلاعِ الأجْنَبِي)**

(ش): تصوره ظاهر.

(ص): **(وَإِذَا وَقَعَ فِي حَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ ابْتِدَاءً أَوْ حِنْثًا أُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا بَقِيَ مِنَ العِدَّة شَيْءٌ، وَقالَ أَشْهَب: مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الثَّانِيَةِ...)**

(ش): الأصل فيه ما خرجه البخاري ومسلم: عَنْ عَبْدِ الله بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فذكر ذلك عمر لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فتغيظ، ثُمَّ قال: "مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، فَإِنْ بَدَا لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَلْيُطَلِّقْهَا قَبلَ أَنْ

يَمَسَّهَا، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ كَمَا أَمَرَ اللهُ عزَّ وجلَّ"[1].

قال في "الاستذكار": هكذا روى جماعة عن ابن عمر، وبه أخذ فقهاء الحجاز؛ منهم مالك والشافعي، فقالوا: إذا طلقها أنه يراجعها، حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلق إن شاء.

ورواه جماعة عن ابن عمر وقالوا فيه مرة: فليراجعها حتى تطهر، ثم إن شاء طلقها طاهرًا قبل أن يمسها أو حاملا، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وأكثر العراقيين وللرواية الأولى أوجه حِسان منها: أنه لما طلق في الوضع الذي نهي عنه؛ لئلا تطول العِدَّة أمر بالمراجعة؛ ليوقع الطلاق على سنته، فلو أُبِيح له أن يطلق إذا طهرت من تلك الحيضة كانت في معنى المطلقة قبل البناء، أو كانت تبني على عِدَّتها الأولى فيتم مقصوده، فأمر بالوطء ليقطع حكم الطلاق الأول، وإذا طلقها لم يكن طلاقها في ذلك الطهر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نَهَى أن يطلقها في طهر مَسَّها فيه، ومنها أن الطهر الثاني جعل للإصلاح الذي قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]؛ لأن المرتجع لا يرتجع رجعة ضرر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾ [البقرة: ٢٣١] فالطهر الأول فيه الإصلاح بالوطء فإذن لم يجز له أن يطلق في ذلك الطهر، ومنها: أن المراجعة لا تعلم صحَّتها إلا بالوطء؛ لأنه المبتغى من النكاح والمراجعة في الأغلب. انتهى.

قوله: (ابتداء)، أي: طلقها طلاقًا مبتدئًا في حيض أو نفاس أو حنث، كما لو علق طلاقها على دخول الدار فدخلت وهي حائض أو نفساء أجبر على الرجعة لحديث ابن عمر وهو وإن ورد في الحيض فلا فرق بينه وبين النفاس كما في سائر الأحكام، والمشهور أنه يجبر ما بقي من العِدَّة شيء معاقبة له ولا طلاق لقوله عليه الصلاة والسلام: "مره فليراجعها"، وقال أشهب: يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر، وهو معنى قوله: ما لم تطهر من الثانية، ووجهه: أن في هذه الحالة أباح النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلاقها فلم يكن للإجبار معنى، وفهم من قول المصنف: (أُجْبر على الرجعة)، أن الإجبار مختص بالطلاق الرجعي وهو الصحيح.

وقال في "المقدمات": كان أبو المطرف يُفْتِي بالإجبار في طلاق الخلع، وكان

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٥٢٥٢) ومسلم، برقم (١٤٧١) من حديث ابن عمر رضي الله عنها.

شيوخ عصره يخطئونه في ذلك.

(ص): **(فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ بالأدَبِ، فَإِنْ أَبَى ارْتَجعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ)**

(ش): ابن القاسم وأشهب وابن المواز: يجبر عندنا بالضرب والسجن والتهديد، ويكون ذلك في مجلس واحد؛ لأنه على معصية، فإن أَبَى أجبره الحاكم عليه.

ابن راشد: وحكى الباجي في وثائقة قولين في سجنه: أحدهما: أنه يسجن، والآخر: أن الحاكم يرتجع عليه ويتم القضاء.

وفي "المقدمات " عن ابن القاسم في "العتبية": إِنْ أَبَى حُكِمَ عليه بالرجعة، قال: ولم يذكر سجنًا ولا ضربًا، قيل: وظاهره خلاف الأول، ووجهه: أنه إذا كانت الرجعة تحصل من الحاكم فلا معنى لجبره، ورأى في القول الآخر أن من شرط إلزام الحاكم له تحقق الإباية، ولا يتحقق ذلك إلا بالسجن والضرب.

(ص): **(وَلَهُ وَطْؤُهَا بِذَلِكَ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا يَتَوَارَثَانِ بَعْدَ مُدَّةِ العِدَّةِ)**

(ش): قوله (بِذَلِكَ)، أي: بارتجاع الحاكم على الأصحّ، والأصح قول أبي عمران وقاسه على المتزوج هازلا، أنه يلزمه النكاح وله الوطء، قال في "المقدمات": وهو الصحيح قياسًا إلى من يجبر على النكاح من أب أو وصي أو سيد؛ فيجوز للمتزوج الوطء إن غلب على ظنه النكاح، ومقابله لبعض أصحابنا البغداديين: أنه ليس له الوطء، إلا أن يَسْتمتع منها حال حيضتها بِمَا فوق الإزار إذا لم يكن نَوَى الرجعة.

ابن عبد السلام: قال بعضهم: وَعَلَى هذا إذا انقضت العِدَّة، ولا نية له في الرجعة فليس له وطئها، ولا أن يبيت معها، ومن يقول بهذا لا يبعد أن يُخالف فيما احتج به المصنف من الميراث، ومقتضى كلام المصنف أنه يرافق على الميراث وإلا لم يحسن الاستدلال بذلك.

(ص): **(وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ)**

(ش): دليله حديث ابن عمر المتقدم، وقد تقدم وجه ذلك.

(ص): **(فَإِنْ طَلَّقَ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ، أَوْ فِي طُهْرٍ جَامَعَ فِيهِ، أَوْ قَبْلَ أَنْ تَغْتَسِلَ مِنَ الْحَيْضِ، أَوْ ما يقوم مَقَامَهُ لَمْ يُجْبَرْ...)**

(ش): يعني: أَنَّه إذا طلق طلاق بدعة؛ فلا يجبر إلا في الحيض فقط؛ لأن الجبر على خلاف الأصل فيقضى به على مورده فقوله: (لَمْ يُجْبَرْ) راجع إلى الجميع، ولا

يلزم من نفي الأمر، وفي أصل "المدونة[١]": لم يؤمر.

واختصر أبو محمد "المدونة[٢]" على نفي الجبر. وذكر عبد الوهاب قولا بأمر من طَلَّق في طهرٍ مسَّ فيه بالمراجعة من غير جبر.

عياض: وظاهر الكتاب خلافه، وحكى بعض المغاربة قولا بالجبر فيما إذا طلق في طُهْر مسَّ فيه.

قال في "المدونة[٣]": ولا تطلق التي رأت القصة البيضاء؛ حتى تغتسل بالماء، فإن فعل لزمه ولا يجبر على الرجعة، وإن كانت مسافرة لا تجد ماء فتيممت فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم؛ لجواز الصلاة لها.

قال في "النكت": قال بعض شيوخنا: وسواء صَلَّت بالتيمم أَوْ لَمْ تصل به له طلاقها.

فقول المصنف: أو ما يقوم مقامه، أي: مقام الغسل وهو التيمم كما جاء في "المدونة[٤]" ويحتمل أن يكون الضمير في مقامه عائدًا على الحيض، ويكون مراده النفاس؛ لأنه يشارك الحيض في هذا، وفهم من قول المصنف: (لَمْ يُجْبَرْ) منع الطلاق بعد الطهر وقبل الغسل وهو صحيح كما ذكرنا في "المدونة".

وحكى ابن عبد السلام قولا بجواز الطلاق إذا رأت القصة قال: وهو الظاهر إِمَّا على أن الطلاق منع في الحيض؛ لتطويل العِدَّة فلا تطويل هنا إلا قدر الاغتسال، وإما على التعبد فلانتفاء الحيض وتعذر القياس، فإن انقطع الدم فطلقها فعاودها الدم بالقرب فهل يجبر على الرجعة؟

- وإليه ذهب أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن؛ لأنه دم يضاف إلى الأول - أو لا يجبر؟

الباجي: وهو الأظهر عندي؛ لأنه طلق في وقت يجوز له فيه الوطء ويجوز صومها، وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين انتهى. ولأنه لم يقصد التطويل.

(ص): **(وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا أَنَّهَا حَائِضٌ، وَلا تَكْشِفَ)**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٥.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٥.

(٤) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٦.

(ش): يعني: إذا اختلفا، فقالت: طلقتني وأنا حائض، فقال: بل وأنت طاهر، فلا تكشف بالاتفاق، قاله ابن عبد السلام.

واختلف هل تصدق عليه كما في عيوب الفرج ويجبر على الرجعة؟ وإليه ذهب ابن القاسم وسحنون.

أو لا تصدق عليه ويكون القول قوله؟ وهو أيضًا لابن القاسم، ووجهه: أَنَّه ادَّعى حلالا وادعت حرامًا.

ابن عبد السلام: ابن المواز وهذا الخلاف إنما هو إذا تنازعا وترافعا إلى الحاكم حين الحيض، وأَمَّا لو كانت حينئذٍ طاهرًا فالقول قوله، ونحوه للباجي، وذكر ابن راشد قول ابن المواز على أنه ثالث.

ابن يونس: ولو قيل تنظر إليها النساء بإدخال خِرقة، ولا كشفة في ذلك ورأيته صوابًا؛ ولأن ذلك حق للزوج كعيوب الفرج والحمل؛ ولأنها تتهم على عقوبة الزوج بالارتجاع، ولا ضرر عليها في الاختبار فوجب أن تختبر.

فرع:

قال محمد في النكاح الفاسد: إذا كان مِمَّا يفرق فيه بعد الدخول، ولا يحتاط فيه بالطلاق كنكاح المحرم، فإنه يفسخ في الحيض؛ لأن إقراره أعظم من الطلاق في الحيض.

محمد: ولا يطلق على المجنون، والمجذوم، والعِنين، ومن عدم النفقة في الحيض والنفاس.

اللخمي: وإن أخطأ على الحاكم وطلق حينئذٍ لم يقع بخلاف الزوج نفسه؛ لأن الحاكم كالوكيل فلا ينفذ في غير ما وكل عليه؛ ولأنه لو أجيز فعله لجبر الزوج على الرجعة، ثم يطلق عليه أخرى إذا ظهرت فتلزمه تطليقتان، وفي هذا ضرر إلا على العنين فإنه يمضي عليه الطلاق؛ لأنَّ الطلاق بائن.

وعن مالك في التطليق على الموالي في الحيض وتأخيره روايتان، وكلام اللخمي يقتضي أن الطلاق الذي يوقع على المجنون والمجذوم رجعي وهو قول التونسي وهو خلاف أصل المذهب، ففي "المقدمات " ذهب التونسي على أن تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والأبرص؛ إنما هي طلقة رجعية، وأن الموارثة بينهما قائمة ما دامت في العِدَّة ولو صحوا في العدة من أدوائهم كانت لهم الرجعة، وهو خلاف

المعلوم من المذهب إن كان طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن، إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فقال: فعلى قوله لو أخطأ الإمام فطلق على واحد مِنْهُم في الحيض يجبر على الرجعة إن صَحَّ فيها من دائه.

(ص): **(وَإِذَا قَالَ للحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ للسُّنَّةِ، طُلِّقَتْ مَكَانَهَا وَيُجْبَرُ على الرجعة؛ لأنها طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ مِثْل: إذا طَهُرَت...)**

(ش): لأن قوله: (للسُّنَّةِ) بمنزلة قوله: أنتِ طالق إذا طهرت، والقاعدة أن مَنْ عَلَّق الطلاق على غالب تنجز في الحال كما سيأتي، وقوله: (وَيُجْبَرُ على الرجعة؛ لأَنَّها طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ) ظاهر.

(ص): **(وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ طُلِّقَتْ ثلاثًا مَكَانَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ مِثْل: كلَّمَا طَهرت...)**

(ش): لأن قوله: (أَنْتِ طالق ثلاثًا للسُّنَّةِ) بِمَنْزلة قوله: أنتِ طالق في كلِّ طهر طلقة؛ فَلَمَّا لزمه أن يطلقها في الطهر الأول طلقة، وفي الثانية أخرى، وفي الثالثة أخرى نجزت عليه الثالثة للقاعدة.

وقوله: (عَلَى الْمَشْهُورِ) لم يقع في كلِّ النسخ، وهو في "الجواهر" وهو يَنْبَنِي على أصل وهو أنه: إذا علق الطلاق على آت، فهل ينجز؟

وإن لم يُبن وقع في أجله، ولا يقدر واقع في أجله وهو المشهور، وعليه يلزم الثلاث أو لا ينجز وإلا ما لو أتى زمنه كان واقعًا، وهو قول ابن الماجشون وسحنون، وعليه فلا يلزمه إلا اثنتان؛ لأن المرأة تحل للغير بدخولها في الحيضة الثالثة فلا يأتي الطهر الثالث إلا وهي بائنة، ولا فرق على المشهور بين أن تكون المرأة حال كلامه طاهرًا أو حائضًا، صَرَّح بذلك في "المدونة[1]"، وظاهر كلام ابن عبد السلام أن الشاذ أيضًا كذلك.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه إذا قال لها وهي حائض: أنتِ طالق كلما طهرت، ينبغي أن يتفق على لزوم الثلاث؛ لأنه يلزمه بالطهر الأول طلقة، وكذلك بالثاني وكذلك بالثالث؛ لأنها لم تخرج من العِدَّة إلى الآن؛ لأن المرأة إذا طلقت في حيض أو نفاس لا تحل بالدخول في الحيضة الرابعة، ولم ينقل اللخمي وغيره قول سحنون، إلا فيما إذا قال

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٧.

لها ذلك وهي طاهر.

(ص): (**فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا فَوَاحِدَةٌ**)

(**ش**): هذا الفرع ذكره ابن سحنون عن أبيه. ابن عبد السلام: والأقرب أنه أَجْرَاه على أصل ابن الماجشون؛ لأنها لا عِدَّة عليها، فكأن الطلقتين أوقعهما على غير زوجة، وأَمَّا على أصل ابن القاسم فتلزمه الثلاث.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: خَيْرُ الطَّلَاقِ وَشِبْهِهِ فَوَاحِدَةٌ، وَشَرُّهُ ثلاثًا**)

(**ش**): شبه (خَيْرُ الطَّلاقِ) أحسنه وأجمله وأفضله، نصَّ عليه في "كتاب ابن سحنون".

وقوله: (وَشَرُّهُ ثَلاثًا) يريد بذلك: أسوأه، وأقبحه، وأقذره، وأنتنه، وأَبْغضه نُصَّ عليه في "كتاب ابن سحنون " أيضًا.

وكذلك إن قال: أكثر الطلاق، وقال: بإثره عددًا أو لم يقل.

سحنون: وأكمل الطَّلاق عندي كأكثره، قال: وإن قال: أنتِ طالق خلاف السُّنَّة أو على خلافها فهي واحدة إن لم تكن له نية، وكأنه قال: أنتِ طالق إذا حضت أو في طهر وطئتك فيه.

ابن عبد السلام: ولا يبعد أن يختلف فيه؛ لأن من الطلاق البدعي الثلاث.

سحنون: من قال لامرأته: أَنْتِ طالق واحدة عظيمة، أو كبيرة، أو شديدة، أو طويلة، أو خبيثة، أو مُنْكرة، أو مثل الجبل، أو مثل القصر، أو أنتِ طالق إلى البصرة أو إلى الصين، فذلك كله سواء تلزمه واحدة، وله الرجعة إلا أن ينوي أكثر.

ابن عبد السلام: وهذا أبين على مَنْ يرى أن البينونة لا تحصل إلا مع العوض، وأما من لا يشترط العوض، فلا يبعد إلزامه هنا واحدة بائنة.

(ص): (**وَأَرْكَانُهُ: أَهْل، وَمَحَلٌّ، وَقَصْدٌ، وَلَفْظٌ**)

(**ش**): يعني: أنَّ أركان الطَّلاق - أعم من أن يكون بعوض أو غيره - أربعة، ثم أخذ يتكلم على الأول، فالأول فقال:

(ص): (**الأهْل مُسلم مُكلَّف**)

(**ش**): مراده بالأهل موقع الطلاق.

فرع:

إذا طلق رجل زوجة الغير فأجازه زوجها فذلك طلاق، ويتصور على ذلك أن

يطلق الرجل في ساعة واحدة خمس زوجات فأكثر نقله ابن راشد، وحاصله: صِحَّة طلاق الفضولي كالبيع، ثم أخذ المصنف يتكلم في ذكر من احترز منه، فقال:

(ص): (**فَلا يَنْفذُ طَلاقُ الكَافِرِ وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَكَانَت مَوْقُوفَة**)

(**ش**): أي: لا ينفذ طلاق الكافر زوجته الكافرة، واختلف إذا تحاكموا إلينا على أربعة أقوال قد تقدمت في أنكحة المشركين، وما ذكره في نفوذ طلاق الكافر هو المشهور.

اللخمي: وقال المغيرة: يلزمه الطلاق ويحكم عليه به الآن، وإن أسلم بعد ذلك احتسب.

وقوله: (وَإِنْ أَسْلَمَتْ) مبالغة، يعني: أنه لا ينفذ طلاق الكافر ولو أسلمت زوجته وطلقها في العِدَّة، وإذا أسلم قبل انقضائها كان أحق بها كما يطلق، وإنما بالغ بهذه الصورة؛ لأنه قد يتوهم فيها اللزوم؛ لكونه حكمًا بين مسلم وكافر، وما ذكره نص عليه في "المدونة[1]" وغيرها، وتأول ذلك اللخمي على أن المرأة لم تقم بحقها، قال: وإن قامت حكم لها بما أوقع عليها من واحدة أو ثلاث، وإن طلقها ثلاثًا كان لها أن تمنعه من الرجعة؛ لأن الطلاق يتضمن حقًّا لله تعالى وحقًّا لها، فلا يسقط حق الله تعالى بإسقاطها حقها، قال: ويحكم عليه بذلك؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

ابن راشد: وفي كلامه نظر، وقد نص ابن القاسم على أنه لا يلزمه، وإذا لم يلزمه لم يكن لها القيام.

خليل: ولأنه يلزم ألا يجوز البقاء على الزوجية إن لم تقم بحق الله تعالى.

(ص): (**وَلا الصَّبِيِّ، وَلا الْمَجْنُونِ**)

(**ش**): لانتفاء التكليف عن كل واحد مِنْهُمَا، والمشهور عدم لزوم الطلاق للمراهق، وفي "كتاب ابن شعبان " في من ناهز البلوغ إذا قال: إن تزوجت فلانة، فهي طالق فتزوجها؛ يفرق بينهما.

قوله: (المجنون) أي: في حال جنونه، وأما لو أفاق وطلق في حال إفاقته لزمه، قاله في "المدونة[2]"، وألحق مالك في "الموازية" بالجنون المريض يهذي فيطلق في هذيانه، ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض فأنكر ذلك وقال: لم أعقل، حلف ولا شيء

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٣٩.

عليه، قاله مالك في "الموازية"، وكذلك عنه في "العتبية " إلا أنه قال: ثُمَّ إِنْ صَحَّ فأنكر وزعم أنه لم يكن يعقل.

ونص اللَّخْمي وغيره على عدم لزوم طلاق المعتوه.

(ص): (**بِخِلافِ السَّكْرَانِ، وَقَالَ البَاجِيُّ: الْمُطْبَقُ بِهِ كَالْمَجْنُونِ اتِّفَاقًا إلا فِي الصَّلاةِ**)

(**ش**): (بِخلافِ السَّكْرَانِ) أي: فإن طلاقه لازم، ثم قال في "الجواهر": وَأَمَّا السكران بخمر أو نبيذ فالمشهور نفوذ طلاقه، قاله المازري وقد رويت عندنا رواية شاذة أنه لا يلزم.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه طلاق ولا عتاق.

ونزل الشيخ أبو الوليد الخلاف على المختلط الذي معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ، ويصيب، قال: وأَمَّا السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، فلا اختلاف أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأقواله فيما بينه وبين الناس، وفيما بينه وبين الله تعالى - إلا فيما ذهب وقته من الصلوات، فقيل: أنها لا تسقط عنه، بخلاف المجنون، من أجلِ أنَّه بإدخاله السُّكر على نفسه كالمتعمد لتركها، حتى خرج وقتها. انتهى.

ابن عبد السلام: ويظهر من كلام غير واحد من الشيوخ أن الصلاة يقضيها السكران سواء كان مطبقًا أم لا، وأنه لا يختلف في ذلك، وتحصيل القول في السَّكران أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق، والطلاق، والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود، قال في "البيان" وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال اللخمي.

وذكر أبو الفرج أنه لا يجوز طلاقه، فعلى هذا لا يجوز عتقه، ولا يحدُّ إذا زنا أو افترى ولا يقطع إن سرق ولا يُقْتل إن قَتَل، وقال ابن نافع: يجوز عليه كل ما فعل من بيع أو غيره، يريد: النكاح والهبات وغيرها.

وروى ابن نافع وأشهب عن مالك أنه قال: إن أُستوقن أنه سكران لم يجز بيعه وأخاف أنه إن ربح قال: كنت صحيحًا، وإن خسر قال: كنت سكرانًا؛ قيل له: أترى نكاحه مثل ذلك؟ قال: نعم.

ومَنْ يُعْلم أنه سكران أن يَقْتل هذا ويقعُ في الحدود ويسرق متاع هذا ويقول: إني سكران لا أدري ما هذا؟ فوقف في الجواب لإمكان أن يكون السكر لم يستغرقه، وأرى

إذا صح اختلاطه أن يجري في جميع أحكامه كالمجنون. انتهى.

وقال الباجي: ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه وفيه نظر كما تقدم، وظاهر كلام اللخمي أن الخلاف في السكران مطلقًا سواء كان معه ميز أم لا، وكذلك حكى ابن راشد عن المازري أنه قال: المشهور لزوم طلاقه والشاذ عدم لزومه؛ ولم يفصِّل.

وقال ابن بشير: إن كان في حال تمييز لزمه الطلاق بالاتفاق، وإن كان مغمورًا فالمشهور اللزوم، ونقل بعضهم ذلك عن ابن شعبان وعياض وهذه عكس طريقة ابن رشد، ويتحصل في المسألة ثلاث طرق، وإذا فَرَّعنا على المشهور من عدم إلزامه بالنكاح، ففي "البيان" اختلف إذا قالت البينة أنها رأت منه اختلاطًا ولم تثبت الشهادة بسكره، على قولين:

أحدهما -وهو المشهور-: أنه يحلف ولا يلزمه النكاح، وروى ذلك زياد عن مالك وقاله في "المبسوط".

والقول الثاني: أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين ويلزمه النكاح، وهو دليل قوله في رواية أشهب عنه، وكيف يعلم ذلك؟ وأخاف إن ربح قال: كنت صحيحًا، وإن خسر قال: كنت سكرانًا إلى آخر قوله. انتهى.

ففهم منه اللزوم خلاف ما تقدم للخمي، وحمل في "البيان" قول مالك: لا أرى نكاح السكران جائزًا، وقال سحنون: لا يجوز بيعه ونكاحه وهِبَاته وصدقاته وعطياته، على معنى أنه لا يلزم ذلك وله أن يرجع عنه، قال: ولا يقال في شيء من ذلك على مذهب مالك أنه غير منعقد، وإنما يقال أنه غير لازم انتهى.

وكلام ابن شعبان يدل على أن عقوده غير منعقدة؛ لأنه جعل بيعه من الغرر، ونص اللخمي على أنه لا فرق بين أن يسكر بخمر أو غيرها، قال: ولا يجوز أن يشرب شيئًا يصده عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة.

وفي "شرح البخاري " لابن بطال: من سَكر بلبن أو طعام حلال أو دواء فقذف غيره فمحمله محمل المجنون والمغمى عليه، وقد بلغني عن ابن الفخار الفقيه أنه كان يقول: مَنْ شرب من لبنٍ، أو طعامٍ حلال أنه لا يلزمه طلاق إن طلق في حال ذلك.

وحكى الطحاوي أنه إجماع الفُقَهَاء، وقال أصبغ: إن شرب سكرانًا ولم يعلم به فلا شيء عليه، وكذلك إن علم به وشرب تداويًا.

ابن بشير: وإن شربه تعديًا فيه نظر: هل يكون كالخمر نظرًا إلى عدوانه أو لا؟ لأن النفوس لا تدعو إليه بخلاف الخمر.

سحنون في "العتبية": وإذا أوصى فيه نظر: فيها عتق ووصايا لقوم، فإن ذلك لا يجوز على حال.

قال: وإذا بت عتق عبيدة في مرضه جاز ذلك عليه؛ لأنه لو صحَّ مَضَى وهو بحال عِتْقِه في صِحَّته، فكل ما أعتق السكران مِمَّا له فيه الرجوع، مثل الوصية فلا يجوز، وكل ما أعتق مِمَّا ليس له فيه الرجوع فذلك جائز عليه، ثم رجع سحنون بالعشي في وصية السكران، فقال: أرى وصيته جائزة مِمَّا أَوْصَى به من عتقٍ أو غيره، ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه، فإن وصيتهما جائزة.

قال في "البيان": وقول سحنون الأول أن وصية السكران لا تجوز غلط؛ ولهذا أسرع في الرجوع عنه، وكذلك تفرقته فيه بين ما مثل في مرضه من العتق وغيره إن مات في مرضه غلط، والصحيح على ما ذهب مالك إن مات من مرضه ذلك نفذ العتق وغيره من الثلث على معنى الوصية، وإن صحَّ من مرضه نفذ عليه العتق ولزمه، وكان له الرجوع فيما بث له من الهبة والصدقة من أجل السكر.

واعلم أن اصطلاحه في "الجواهر " إذا أراد الباجي قال: القاضي أبو الوليد، وإن أراد ابن رشد قال: الشيخ أبو الوليد فقوله هنا: ونزل الشيخ أبو الوليد على هذا، فهو ابن رشد وقد التبس هذا على المصنف فقال في مواضع: قال في "الجواهر": قال الشيخ أبو الوليد: قال الباجي: أولها هذا الموضع.

ثانيها: قوله في القراض، قال الباجي: لو قامت بينة لم تبع.

ثالثها: قوله في آخر المزارعة، وقال الباجي: في الفاسدة ستة أقوال.

رابعها: قوله في الوقف، قال الباجي: وأخطأ ابن زرب.

خامسها: قوله في الأقضية، وقال الباجي: العالم من الثالث.

سادسها: قوله في الشهادات، وصوَّبه الباجي إلا في الأحباس ونحوها.

سابعها: قوله بأثر هذا الموضع، وقال الباجي: فلا ينبغي أن يختلف فيه لما قد تساهل الناس.

ابن عبد السلام: ولو عكس ابن شاس ما وصف به كل واحد من الشيخين لكان أَوْلَى؛ لأن ابن رشد ولي قضاء قرطبة شبيهًا بالمكره، ولم يزل يسعى في العزل حتى

عُزل، والباجي إنما ولي قضاء أوريولة وليس لها قدر قرطبة، غير أن بعضهم حكى أن الباجي ولي قضاء حلب في رحلته. انتهى.

ولا يقال: لا اعتراض على المصنف في هذا الموضع؛ لأن الباجي أيضًا نص على أن السكران المطبق لا يختلف في عدم اللزوم، ولعل المصنف لم يتبع ابن شاس، ويكون إنما اعتمد على الباجي لأنا نقول قوله: (إلا في الصلاة يرده)؛ لأن الباجي لم يتكلم على الصلاة، وإنما تكلم عليها ابن رشد. والله أعلم.

(ص): (**وَطَلاقُ الْمَرِيضِ وَإِقْرَارُهُ بِهِ كالصَّحِيحِ فِي: أَحْكَامِهِ، وتَنْصِيف صَدَاقِهِ، وَعِدَّةِ الْمُطَلَّقَةِ، وَسُقُوطِهَا فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا إِلا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا هِيَ خَاصَّةً إِنْ كَانَ مخوفًا قَضَى بِهِ عُثْمَانُ لامْرَأَةِ عَبْدِ الرَّحْمَن**)

(ش): لما ذكر من يلزمه الطلاق ومن لا يلزمه، وكان المريض يترتب على طلاقه بعض الأحكام دون بعض أشكل بسبب ذلك كونه أهلا للطلاق، وأخذ يذكر حكمه وبين أن طلاق المريض سواء أنشأه في المرض، أو أقر أنه فعله في الصحة كطلاق الصحيح في أحكامه، وعطف المصنف تنصيف الصداق، وسقوط العِدَّة عن غير المدخول بها على قوله: (كالصَّحِيحِ فِي: أَحْكَامِهِ) مِن باب عطف الخاص على العام وحسن ذلك، إما لأن قوله: (فِي: أَحْكَامِهِ) قد يتوهم أنه أراد بالأحكام ما قدمه من طلاق السُّنَّة والبِدعة، وإما للتنبيه على الخلاف فيهما، أَمَّا عدم تكميل الصداق فالخلاف فيه خارج المذهب؛ لأنه روي عن الحسن البصري أن لها الصداق كاملا، وأَمَّا سقوط العِدَّة عن غير المدخول بها فهو المعروف في المذهب، وحكى أبو عبيد عن مالك أن عليها العِدَّة.

ابن عبد السلام: ويلزم مذهب الحسن البصري.

وقوله: (إلا أَنَّهُ.... إلى آخره) بيان لما يخالف فيه طلاق المريض طلاق الصحيح، يعني: أن المريض الذي طلق زوجته، أو أقر بطلاقها لا ينقطع بذلك ميراثها منه، بل ترثه إن مات من مرضه ذلك؛ لأنه لَمَّا اتهم على حرمانها من الميراث عوقب بنقيض قصده، وإن ماتت هي قبله لم يرثها، وأخذ عدم إرثه منها من قول المصنف: خاصة، وترثه سواء كان طلاقه بائنًا أو رجعيًا، ثلاثًا أو واحدة، انقضت عِدَّتها أم لا.

قوله: (إنْ كَانَ مخوفًا) ابن عبد السلام: ولا خِلاف في اشتراطه عند مَنْ أثبت لها الميراث، واستدل على وجوب إرثها بقضاء عثمان لامرأة عبد الرحمن، وهو في

"الموطأ": وهو أن عبد الرحمن طَلَّق امرأته البتة وهو مريض، فورثها عثمان بن عَفَّان منه بعد انقضاء عِدَّتها، وفي "الموطأ " أيضًا: أن عثمانَ ورث نساء ابن مكمل منه، وكان طلقهن وهو مريض، وبذلك قال عمر وعلي وعائشة. قال في "الاستذكار": ولا أعلم لهم مخالفًا من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير.

(ص): (**وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرٍ أَوْ تَمْلِيكٍ أَو إِيلاءٍ أَوْ لِعَانٍ عَلَى الْمَعْرُوفِ بَخلافِ الرِّدَّةِ**)

(ش): يعني: أن لها الميراث، ولو كان لها في الطلاق تَسببٌ كما لو بذلت مالا حتى طلقها.

محمد: ولها الميراث في ماله، وفيما اختلعت به، وكما لو خيَّرها أو ملكها فاختارت الفراق. أو كانت الفرقة بينهما بلعان.

ونَبَّه المصنف باللعان على أنه لا فرق بين أن يكون فراقه بطلاق أم لا، فإن فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق، وهذا هو مذهب "المدونة[1]" المعروف.

وفي "الجواهر " قول آخر بعدم الميراث في هذه الصورة؛ لعدم التهمة فيها؛ لأن الفراق وإن كان ابتداؤه منه لم يستقل به، وإنما تممته هي أو غيرها، وهذا مقابل المعروف.

فرع:

ابن محرز وغيره: وإذا لاعن في المرض انْتَفى الولد؛ لأن الأنساب لا تهمة فيها، ألا ترى أنه لو استلحق ولدًا في مرضه ألحق به ولم يتهم، فكذلك إذا نفاه.

وقوله: (**بخلاف الرِّدَّةِ**)، نحوه في "المدونة[2]" ففيها: وارتدَّ في مرضه فقتل على رِدَّتِهِ لم يرثه ورثته المسلمون، ولا ترثه زوجته، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث.

يريد: وكذلك لو مات على كفره قبل رجوعه إلى الإسلام، وقد يقال: إذا أوجبتم الميراث في اللعان مع كونه فسخًا؛ فلأن توجبوه في الرِّدَّة مع كون الفرقة فيها طلاقًا على الأشهر من باب الأولى؛ لأن الفسخ أَوْلَى في حل العصمة، وجوابه لما كان اللعان خاصًا بالزوجة اتهم، بخلاف الارتداد فإنه لا تهمة فيه؛ لأنه يمنع سائر الورثة من الميراث.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٤١.

اللخمي: ولو عاد للإسلام ثم مات بقرب ذلك؛ ورثه ورثته المسلمون دون زوجته على مذهب ابن القاسم؛ لأن الردة عنده طلاق بائن، والإسلام ليس مراجعة وترثه على مذهب أَشْهَب وعبد الملك؛ لأنهما يريان إذا عاد إلى الإسلام أنها تعود زوجته على الأصل من غير طلاق. انتهى.

وقيل: لا يرثه ورثته على قول عبد الملك.

ابن عبد السلام: وألحق الشيخ أبو إسحاق بالردة ما إذا طلق عليه في المرض بسبب جنون، أو جذام، أو لعان، أو لنشوز منها في المرض.

وفي الباجي: أن المطلقة لنشوز منها؛ كالمخالعة والملاعنة في أن حكم الميراث باقٍ خلافًا لأبي حنيفة، ولم يذكر في ذلك خلافًا.

(ص): (**وَلِذَلِكَ حُكِمَ فِي الوَصِيَّةِ لَهَا وَعَلَيْهَا، وَقَتلهَا إِيَّاهُ كَحُكْمِ الوَارِثِ**)

(**ش**): أي: ولأجل أن المطلقة في المرض وارثة (حُكِمَ) **لها** في الوصية إذا أوصى لأجنبي بزائد عن الثلث، ولوارث غيرها ولو بدون الثلث وقف على إذنها.

(وَعَلَيْهَا) أي: إذا أوصى لها بشيء بطل؛ لأنها وراثة، وإذا قتلته خطأ ورثت من المال دون الدية، وعمدًا لم ترث منهما، كما في الوارث، وكلام المصنف هنا ظاهر منصوص في "المدونة[1]" وغيرها.

(ص): (**وَفِي اشْتِرَاطِ كَوْنِ الطَّلاقِ مِنْ سَبَبِهِ، وَكَوْنِهَا حينئذٍ مِنْ أَهْلِ الْميرَاثِ: قَوْلان، وَكَمَا لَوْ أَحْنَثَته، هِيَ أَوْ غَيْرُهَا أَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ عُتِقَتْ بَعْدَ الطَّلاق...**)

(**ش**): يعين: هل يشترط في الطلاق الذي لا يقطع الميراث أن يكون من سببه؟ لم يشترط ذلك في "المدونة[2]" لقوله فيها: وإن قال لها في صحته إن قدم فلان أو قال: إن دخلت بيتًا فأنتِ طالق، فقدم فلان أو دخلت في مرضه لزمه الطلاق وورثته.

الباجي: وهو المشهور، وروى ابن زياد بن جعفر عن مالك: أنه لا إرث لها، لعدم التهمة بالكلية، ورأى المشهور ربط الحكم بالمظنة، ألا ترى أن عبد الرحمن رضي الله عنه أنزهه الله عن أن يقصد منعها من الميراث. وإِنَّما الحكم إذا ثبت بعلة غالبة اكتفى بغلبتها عن تتبعها في أحد الصور، وهذا في الشريعة كثير لمن تأمله لاسيما على مذهبنا بسد الذرائع؛ ولأنه قد يبدي لها ما يحملها على الدخول، وخرج اللخمي على رواية

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٢.

زياد عدم الإرث في الخلع، وفصل المغيرة في مسألة الحالف، فقال: إذا حلف ليقضين فلان حقه، فمرض الحالف ثم حنث في مرضه ومات إن كان بين الملأ فلم يقضه فامرأته ترثه، وإن كان عديمًا فطرأ له مال لم يعلم به، حتى مات فقد حنث ولا ترثه.

سحنون: ولا أعرف هذا ولا أراه، وقد قال أصحابنا: إنها ترثه بكل حال.

وقوله: (وَكَوْنِهَا حِينئذٍ... إلى آخره)، أي: لو تزوج كتابية أو أمة وطلقها طلاقًا بائنًا وهو مريض، ثم أسلمت النصرانية وعتقت الأمة ثم مات من مرضه ذلك ففي ذلك أيضًا قولان، وروى أصبغ عن ابن القاسم في "العتبية " أنهما ترثانه وبه قال محمد، وقال سحنون: لا ترثانه، ولا يتهم في ذلك، قال: وكذلك لو طلقها البتة إلا أن يطلقها واحدة ويموت في العِدَّة بعد أن أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه.

وعلل أصبغ ما رواه عن ابن القاسم بأنه يتهم أن يمنعها الميراث لما خشي أن تسلم امرأته أو تعتق.

والقولان في هذا الفرع بشبهان القولين في تزويج المريض أمة أو نصرانية، وفي كلام المصنف لف ونشر؛ لأن قوله: (كَمَا لَوْ أَحْنَثَتْهُ)، راجع إلى قوله: (وَفِي اشْتِرَاطِ كَوْنِ الطَّلاق مِنْ سَبَبِهِ)، وقوله: (أَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ عُتِقَتْ)، راجع إلى قوله: (وَكَوْنِهَا حِينَئذٍ مِنْ أَهْلِ الْمِيراثِ).

(ص): (ثُمَّ لا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا بِأَنْ تَتَزَوَّجَ بَلْ وَلَوْ تَزَوَّجَتْ جَمَاعَةً وَطُلِّقَتْ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَرِثَتْ مَنْ مَاتَ وَلو الْجَمِيع وَإِنْ كَانَتْ مُتَزوجَةً...)

(ش): هكذا في "المدونة[1]"، وأخذ اللخمي منه أنها ترث في المرض الطويل؛ لأنها تحتاج للعِدَّة من كلِّ شخص، وهو قول عبد الوهاب، وخالف ابن الماجشون في الأمراض المتطاولة كالسل، والربع، وَالطِّحَالِ، والبواسير، ورأى أنها تجري بعد تطاولها مجرى الصحة، وإن كان الموت قبل المطاولة ورثته زوجته وكان فعله في ثلثه.

اللخمي: وهو أحسن: ورد عياض ما أخذه اللخمي من "المدونة[2]" بأنه قد يتفق هذا في المدة القريبة بأن يكون جميعهم لم يدخل بها، واتفق مرض كل منهم إثر نكاحه، أو تفترق حالاتهم بأن يكون الأول طلقها حاملا فولدت للغد، ثم تزوجها آخر فمرض بعد العقد في القرب.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٤.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ مُتَزوجَةً) يعني: أنها ترث مَنْ طلقها في المرض، ولو كانت تحت زوج آخر.

(ص): **(وَيَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا بصحة بَيِّنَةٍ فَيَقْدِرُ كَأَنَّهُ طَلَّقَ صَحِيحًا)**

(ش): لأن المقتضي للإرث مرضه المخوف، فإذا وجدت الصحة ارتفع الميراث لارتفاع سببه، وهذا كما لو أعتق المديان، فإن للغرماء رد العتق إلى أن يحصل له مال قدر دينه فينفذ عتقه ويقدر كأنه أوقعه مليًّا.

(ص): **(فَلَوْ صَحَّ ثُمَّ مَرِضَ فَطَلَّقَهَا ثَانِيًا فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عِدَّةِ الأولى وَرِثَتْهُ، وَإِلا لَمْ تَرِثْهُ)**

(ش): يعني: إذا طلقها في المرض طلاقًا رجعيًا، ثُمَّ صحَّ من مرضه فلم يرتجعها؛ حتى مرض وهي في العِدَّة فطلقها طلقة ثانية، فالحكم إن مات قبل انقضاء العِدَّة من الطلقة الأولى ورثته؛ لأن الطلاق في الصحة لا يمنع الميراث إن مات المطلق في العدة، فأحرى الطلاق في المرض.

وإن مات بعد انقضاء العِدَّة لم ترث؛ لأن ميراثها قد انقطع بسبب الصحة الكائنة بعد الطلاق ولا عبرة بالطلقة الثانية؛ لأنها لا تستأنف العِدَّة من يومها وإنما تحتسب من الطلقة الأولى - إن كان قول المصنف: (قَبْلَ عِدَّة الأولى) قد يوهم أن ثم عدة أخرى - أما لو راجعها انفسخت العدة ثم إن طلقها بعد ذلك في المرض فلها حكم المطلقة في المرض.

(ص): **(وَلَوْ صَحَّ فَأَبَانَهَا لَمْ تَرِثْهُ)**

(ش): يعني: ولو طلقها في المرض ثم صحَّ فأبانها لا ترثه، وسواء كان ارتجعها أم لا، وهو ظاهر وهو مما يبين أن مراده في الفرع الذي قبل هذا أن الطلقتين كانتا رجعيتين.

(ص): **(وَلَوْ أَبَانَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ صِحَّتِهِ، فَالْمَنْصُوصُ كَمَنْ تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ يُفْسَخُ، وَقِيلَ: إلا أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَيَصِحُّ مُطْلَقًا...)**

(ش): المنصوص مذهب "المدونة[1]" ففيها: وإن طلق مريض زوجته قبل البناء ثم تزوجها قبل صحته، فلا نكاح لها، إلا أن يدخل بها فيكون كمن نكح في المرض وبنى فيه.

وقوله: (كَمَن نكح في المرض) يدل على أنه يفسخ بعد البناء، والقول بفسخه قبل

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٥.

البناء لسحنون، ورأى أن فساد هذا النكاح إنما هو لصداقه فكان كالمتزوج بغرر ونحوه، وما كان كذلك يثبت بعد البناء على المشهور، ووجه سحنون الغرر هنا بأن صداق المنكوحة في المرض إنما هو في الثلث، ولا يدري ما حمل الثلث.

قال: وليس هو كنكاح المريض؛ لأن الموجب للفساد في نكاح المريض زيادة الوارث، وهذه المطلقة قد يثبت لها الميراث، ورده بعض القرويين بالتفرقة بين هذا والنكاح بالغرر، فإن الغرر إذا بنى فيه وجب صداق المثل لا ينقص منه، وهذا من الثلث ولا يدري ما حمل الثلث منه.

ابن يونس: إلا أن يكون له مال مأمون يكون ثلثه أضعاف صداقها فيصح قول سحنون.

أبو عمران: ولو حمل أجنبي على الزوج فلا يفسخ النكاح؛ لأن الصداق قد ثبت للمرأة في مال الأجنبي، والميراث ثبت بالنكاح الأول، ولو كان ذلك على وجه الحمالة، فهي كمسألة الكتاب؛ لأن الأجنبي إنما يطالب بالصداق في عدم الزوج وهو إنما يقوى على قول سحنون، وأما على مذهب "المدونة[1]"، ففيه نظر؛ لأن ظاهر "المدونة" أن فساده لعقد وقد تبين لك أن قوله: (وَقِيلَ) هو قول سحنون وهو مقابل المنصوص، وسحنون وإن كان إِنَّما قاله على وجه التقييد، لكن كلام ابن يونس وعياض وغيرهما يدل على أنه ليس بتقييد.

فرع:

قال الباجي: لو مات فشهد الشهود أنه كان طلقها البتة في صِحَّته فقد جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض؛ لأن الطلاق إنما يقع بعد الحكم، ولو لم يقع بعد الحكم لكان فيه الحد إذا أقر بالوطء وأنكر الطلاق، وهذا الذي علل به الباجي في "المدونة[2]" نحوه؛ لأن فيها: في من طَلَّق امرأته في السفر وأشهد على ذلك، ثم قدم الشهود فشهدوا عليه، ثم أنكر أن يكون أَشْهدهم وأَقرَّ بالوطء، أنه يُفرَّق بينهما ولا شيء عليه.

واستشكل الشيوخ سقوط الحد، واختلفوا في الجواب عن ذلك، فقال الأبهري: ولم ير عليه الحد؛ لأنهما على حكم الزوجية، حتى يحكم الحاكم بالفراق.

ابن المواز: لأَنَّها تعتد من يوم يحكم بالفراق.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٧.

وقال المازري: لم يُرَ عليه الحد؛ لأنه كالمقر بالزنا الراجع عنه. وقيل: لم ير عليه الحد؛ لأنه جُوِّز عليه أن يكون نسي، ولم يرتض سحنون شيئًا من هذه الوجوه وأوجب الحد إذا شهد عليه أربعه بالطلاق ثم أقر بالوطء.

عياض: وظاهر الكتاب أَنَّها تعتد من يوم الحكم، وهو دليل قوله: (لا حد عليه).

ويشهد لما في "المدونة[1]" الأمة يعتقها في السفر، وتشهد بينة بذلك، ثم يقدم فيطأها ويستغلها، فقد اتفق على أنه لا حد عليه واختلف في رد العلة.

(ص): **(الْمحلُّ: شَرْطُهُ مِلْكِيَّةُ الزَّوْجِ قَبْلَهُ تَحْقِيقًا أَوْ تَعْلِيقًا، فَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ أَوْ بَائِنٍ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فنَكحهَا فَدَخلَتِ الدَّارَ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ إلا أَنْ يَنْوِيَ: إِنْ نكَحْتُكِ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ: فَالْمَشْهُورُ اعْتِبَارُهُ، وَتُطلَّقُ عَقِيبَهُ، وَيَثْبُتُ نِصْفُ الصَّدَاقِ فَإِنْ دَخَلَ فَالْمُسَمَّى كَمَنْ وَطِئَ بِعْدَ الْحِنْثِ وَلَمْ يَعْلَمْ، وَقِيلَ: صَدَاقٌ وَنِصْفٌ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ والْمَخْزُومِيُّ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ القَاسِمِ صَاحِبَ الشُّرْطَةِ، وَكَانَ أَبْو الْمَخْزُومِيِّ حَلَفَ بِهِ عَلَى أُمهِ...)**

(ش): هذا هو الركن الثاني، والمراد بـ(المحل): هو الزوجة، والضمير في (شَرْطُهُ) عائد على المحل، ويحتمل على بُعْد أن يعود على الطَّلاق المفهوم من الكلام، والضمير في (قَبْلَهُ) عائد على الطلاق.

والتحقيق أن يكون مالِكًا للعصمة قبل إنشاء الطلاق، والتعليق أن يطلق امرأته على تقدير نكاحه لها. فلأجل هذا الشرط لو قال لأجنبية: إِنْ دَخَلْتِ الدارَ فَأَنتِ طَالِقٌ، فلا شيء عليه؛ لعدم ملك عصمتها تحقيقًا أو تعليقًا، إلا أن ينوي إن تزوجتك، فيلزمه لأنه قد ملك عصمتها تعليقًا.

وفي قوله: (إلا أَنْ يَنْوِيَ) دليل على أن الشرط يصح أن يُلتزم قصدًا دون لفظ.

وقوله: (فَلَوْ قَالَ: إنْ تزوجتك فأنتِ طَالِقٌ؛ فَالمشهور اعتبارُهُ) هو مستفاد مما قبله، وإنما أعاده لإفادة الشاذ وليفرع على المشهور؛ يعني: أن المشهور لزوم الطلاق المعلق.

وروى ابن وهب والمخزومي عن مالك: أنه لا يلزمه، وبه قال ابن وهب ومحمد بن عبد الحكم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٧.

ابن بشير: ولم أر أحدًا مِنْ أشياخي إلا ويختار هذا القول، وبعضهم يصرح بالفتوى، وبعضهم يقف كراهة مخالفة المشهور، والمشهور يحكى في "الموطأ " عن عمر، وابنه عبد الله، وابن مسعود، وسالم، والقاسم، وابن شهاب، والشاذ قوله الشافعي وجماعة.

قال في "الاستذكار": وروي على نحو هذا القول أحاديث، إلا أنها عند أهل الحديث معلولة، ومنهم من يصحح بعضها. قال: وأحسنها ما خرج قاسم قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا طَلاقَ إلا مِنْ بَعْدِ نِكَاحٍ أنثى"(١).

وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام: "لا طَلاقَ إلا فِيمَا تَمْلِكُ، وَلا بَيْعَ إلا فِيمَا تَمْلِكُ، وَلا وَفَاءَ بنذر فِيمَا لا تَمْلِكُ"(٢) البخاري: وهو أصح شيء في الطلاق قبل النكاح.

وأجيب عنهما بأنا نقول بموجبهما؛ لأن الذي دل عليه الحديثان إنما هو انتفاء وقوع الطلاق قبل النكاح، ونحن نقول به.

ومحل النزاع إنما هو التزام الطلاق، ثم فرع المصنف على المشهور بقوله: (وَتُطَلَّقُ عَقِيبَهُ)، أي: ولا يفتقر إلى حكم.

(وَيَثْبُتُ نِصْفُ الصَّدَاقِ)؛ لأنه طلاق قبل البناء، والمذهب أنه يباح له زواجها، وبعض الفقهاء يمنعه؛ لأن ما لا يترتب عليه مقصده لا يشرع، وجوابه أن فائدته تحصل فيما بعد ذلك؛ لأنها إذا طلقت عليه الآن ثم تزوجها لم يلزمه شيء، إلا أن يكون لفظه مقتضيًا للتكرار، وإن بنى فالمشهور أنه يلزمه المسمى فقط، إن كان هناك مسمى وإلا فصداق المثل.

وقوله: (كَمَنْ وَطِئَ بَعْدَ الْحَنْثِ وَلَمْ يعلم)، أي: فليس عليه إلا صداق واحد، وقيل: صداق ونصف.

ابن عبد السلام: هو قول ابن نافع، وظاهره أنه أوجب لها صداقًا كاملا من نسبة النصف، والقياس أنه يجب لها نصف الْمُسمَّى، ثم يلزمه الأكثر من صداق الْمِثْل أو الْمُسمَّى؛ لأنه إذا كان صداق المثل أكثر فقد قدم على وطء فاسد فيجب عليه قيمته، وإن كان المسمى أكثر فيلزمه؛ لأنه أقدم على الوطء راضيًا بالْمُسَمَّى، وألزم ابن المواز

---

(١) أخرجه الطبراني في الصغير، برقم (٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٣٣١٣).

هذا القائل أن يقول في كلِّ وطأة مهرًا.

فرع:

لو أتى في لفظه بما يَقْتَضِي التكرار، فقال قبل النكاح: كلما تزوجت فلانة فهي طالق، فظاهر كلام ابن المواز أنه يلزمه نصف الصداق ولو بعد ثلاث تطليقات.

وقال التونسي وعبد الحميد وغيرهما: الصواب أن لا شيء عليه بعد الثلاث قوله: (وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ القَاسِمِ صَاحِبَ الشُّرْطَةِ)، أي: بالشاذ، ونص ما نقله أبو محمد في هذه الرواية، وروى أبو زيد عن ابن القاسم في رجل تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها، هل يفسخ نكاحه؟ فكتب إليه: لا يفسخ، وقد أجازه ابن المسيب، ولا يؤخذ من كلام المصنف أن فتوى ابن القاسم إنما هي بعد الفسخ؛ لاحتمال أن يحمل كلامه على أنه أفتى بالجواز ابتداءً، وليس ما رواه ابن وهب كما أَفْتَى به ابن القاسم ويتبين لك ذلك بكلام الباجي، فإنه قال: وقد روى ابن وهب عن مالك أَنَّه أَفْتَى رجلا حلف إن تزوج فلانة فهي طالق أنه لا شيء عليه إن تزوجها، ثم قال: وليست هذه الرواية بالمشهورة، والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم أنه لا يفسخ إن وقع.

وقد صرَّح غيره أيضًا بأن قول ابن القاسم مخالفًا لرواية ابن وهب، وأن في المسألة ثلاثة أقوال.

وفي "البيان": المشهور أنه يفسخ وإن دخل ولا يراعى الاختلاف في هذه، ومراعاته شذوذ في المذهب، وإنما الاختلاف المشهور المراعى في الميراث والطلاق والعدة، فقيل: إنهما لا يتوارثان إن مات أحدهما قبل أن يعثر عليه، وإن كان هو الميت لم تلزمها عِدَّة، إلا أن يدخل فتعتد بثلاث حيض وهو قول مالك في "الموازية" واختيار ابن القاسم في سماع عيسى، ودليل "المدونة[1]" على هذا لا يكون الفسخ طلاقًا، ولا يلزمه ما طلق قبل أن يعثر عليه.

وقيل: إنهما يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ، ويلزمه ما طلق قبل أن يعثر عليه، وإن مات هو اعتدت أربعة أشهر وعشرًا، ويكون الفسخ فيه طلاقًا، ويكون لها نصف الصداق إن فرق بينهما قبل الدخول، وإنما يراعى الاختلاف في وجوب الحد ولحوق النسب فيدرأ فيه الحد، ويلحق فيه النسب على المشهور من المذهب.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٨.

وشَذَّ ابن حبيب فلم يراع الاختلاف في ذلك، وأوجب الحد، وأسقط النسب إذا كان الذي فعل ذلك عالمًا غير جاهل. ونص ابن بشير على أن المشهور فسخ هذا النكاح.

وزعم ابن عبد السلام: أَنَّ ما تقدم من كلام الباجي مخالف لكلام ابن رشد.

خليل: وقد يقال لا مخالفة بين كلاميهما؛ لأن الباجي إنما شهر الرواية بعدم الفسخ بالنسبة إلى الرواية بالجواز ابتداءً وهو بين من كلام الباجي، وإنما بقع المخالفة لو قال الباجي: المشهور من المذهب أنه لا يفسخ، فانظره فإن قلت: قد حكى ابن عبد السلام عن الباجي أنه قال: المشهور من المذهب أنه لا يفسخ، قيل: ليست حكايته بظاهرة ولفظه كما تقدم.

(ص): (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ - لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لِلحَرَجِ**)

(**ش**): أي: إذا فرَّعنا على المشهور من لزوم الطلاق لِمَن قال لامرأة معينة: إن تزوجتك فأنتِ طالق، فلو عمم في يمينه، وقال: كل امرأة أتزوجها طالق، فلا شيء عليه. والفرق أن هنا إلزامه اليمين حرجًا، وربما أدى ذلك إلى العنت، ولم يلزموه اليمين وإن كان أبقى لنفسه التسري إما التسري لا يقدر عليه كل واحد، وإما لأن الزوجة أضبط لمال الرجل وولده من السرية.

ابن بشير: وقد أخذ اللزوم في مسألة العموم من القائل: كل بكر أتزوجها طالق، ثم قال: وكل ثيب أتزوجها طالق، وليس بظاهر لأنه ليس من عمم أولا كمن آلت يمينه إلى التعميم، ونقل ابن بريزة قولا باللزوم إذا عمم ومقتضاه أنه منصوص.

(ص): (**وَلَوْ أَبْقَى لِنَفْسِهِ شَيْئًا كَثِيرًا فَذَكَرَ جِنْسًا أَوْ بَلَدًا أَوْ زَمَانًا يَبْلُغُهُ عُمْرُهُ ظَاهِرًا لَزِمَهُ، إلا فِي مَنْ تَحْتَهُ إلا إِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ تَزَوجَها...**)

(**ش**): يعني: فإن لم يعمم بل أبقى لنفسه شيئًا كثيرًا، كما لو التزم طلاق جنس، كالسودان، أو الترك، أو البيض، أو طلاق من تزوجها من بلد كالإسكندرية مثلا، لو التزم ذلك باعتبار زمان مقيد كسنتين وهو مراده بقوله: (**يَبْلُغُهُ عُمْرُهُ ظَاهِرًا**)، أي: يبلغ ذلك الزمان في ظاهر الحال، واحترز بذلك مِمَّا لو قال: إلى مائتي سنة، أو ما يعلم أنه لا يعيش إليه؛ لأنه لا يلزمه شيء، صرح بذلك في "المدونة[1]"، وروى ابن حبيب عن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٤٩.

ابن الماجشون في من قال: كل امرأة أتزوجها إلى عشر سنين أو عشرين سنة إن كان مِمَّن يشبه أن يعيش على مثل ذلك لزمه، وإلا لم يلزمه.

ابن الماجشون: ويعمر في هذا تسعين عامًا، ونقل ابن بشير في من ضرب أجلا لا يبلغه إلا في حال الهرم والشيخوخة قولين:

أحدهما: لا يلزمه لوجود الحرج.

والثاني: أنه يلزمه؛ لأنه أبقى لنفسه زمانًا.

ووقع لمالك في غلام عمره عشرون سنة حلف في سنة ستين ومائة أن كل امرأة يتزوجها على سنة مائتين طالق أن اليمين لازمة له.

اللخمي: والقياس في هذا لا شيء عليه؛ لأنه قد عمم المعترك من العمر وأوان الشبيبة، والوقت الذي يحتاج فيه إلى الاستمتاع، ولم يبق إلا موت أو قلة حركة، ورأى اللزوم إذا قال إلى ثلاثين سنة أو عشرين وهو ابن عشرين؛ لأنه أبقى لنفسه زمنًا يحتاج فيه إلى ذلك، وعدم اللزوم إذا قال إلى أربعين سنة، قال: واختلف إذا كان الأجل حياة فلان، فقيل: يلزمه، لإمكان أن يموت فلان قبله، وقال في "كتاب ابن شعبان": لا شيء عليه. يريد: لإمكان أن يموت هو قبل فلان فيكون كمن عمم جميع الأزمنة.

ابن عبد السلام: وكلام اللخمي صحيح لو كان المعتبر عند أهل المذهب، إنما هو الجماع ولم يعتبروه؛ ألا ترى أنه لم يلزمه الطلاق في كل امرأة وإن كان أبقى لنفسه التسري.

واعلم أنه إذا عَلَّق المنع ببلد كالإسكندرية، فتارة يقول: لا أتزوج من الإسكندرية؛ وتارة يقول: لا أتزوج بالإسكندرية، فأما الأول فيلزمه سواء كانت بالإسكندرية أم بغيرها نصَّ عليه في "المدونة[1]" محمد في المصرية.

محمد: ولو حلف لا يتزوج مصرية، فلا بأس أن يتزوج بمصر غير مصرية.

اللخمي: يريد ما لم يطل مقامها وتصير على طباعهم وسيرتهم.

الباجي: وإن حلف أن لا يتزوج من أهل مصر فتزوج امرأة أبوها مصري وأمها شامية، فقال ابن أبي حازم: يحنث، والأم تبع للأب.

وأَمَّا الثاني، فقال الباجي: إن نواها وعلمها لزمه ذلك، وإن نواها خاصة، فقال ابن

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٠.

حبيب، عن ابن كنانة، وابن الماجشون، وأصبغ: يلزمه في من على مسافة الجمعة، قالوا: وإن لَمْ ينو شيئًا لزمه في من على مسافة القصر ثمانية وأربعين ميلا.

وقال ابن القاسم: استحسن أن يتباعد إلى حيث لا تلزمه الجمعة.

أصبغ: والقياس أن يتباعد إلى حيث يقصر الصلاة، إذا خرج في ظعنه ولا يتم فيه الصلاة إذا قدم.

والأول استحسان ولو تزوج في الموضع الذي إذا برز إليه لم يقصر، حتى يجاوزه لم أفسخه، وروى ابن سحنون عن أبيه في الحالف ألا يتزوج من قرطبة لا يلزمه، إلا في قرطبة وأرباطها، ولو قال: بالغير وإن لم يلزمه إلا في المدينة نفسها، ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء.

وجه الأول: أن من حلف ألا يتزوج من الإسكندرية، فقد حلف ألا يتزوج امرأة بموضع يقع عليه هذا الاسم وفي حكم ما يقع عليه، فإذا لم يَنْو شيئًا لزمه في كل من تلزمه الجمعة؛ لأنه في حكمها.

وقد قال أصبغ: أن ذلك على وجه التحري، ومن تزوج من موضع تقصر فيه الصلاة لم أفسخه، ووجه قول سحنون: أن الاسم إنما يتناول المصر وأرباطه المتصلة إليه.

ومن حلف بطلاق من يتزوجها من المدينة، فقال ابن القاسم في "العتبية": لا بأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها. انتهى بمعناه.

وقوله: (إلا فِي مَنْ تَحْتَهُ) استثناء من اللزوم، أي: فإنه يلزمه الطلاق في كلِّ امرأة من البلد أو الجنس الذي قد التزم فيه الطَّلاق، إلا المرأة التي تحته، فإنه لا يلزمه طلاقها؛ لأن قوله: (أتزوجها) يقتضي الاستقبال، وقوله: (إلا إِذَا تزوجها)، أي: أن هذه التي تحته إذا قلنا: إنه لا يلزمه فيها طلاق، فإنما ذلك ما دامت تحته، فأما إذا أبانها ثم تزوجها، فإنها تطلق عليه كما لو تزوج من ذلك الجنس مِمَّن لم يتقدم له عليها نكاح.

(ص): **(فَلَوْ أَبْقَى قَلِيلا فَقَوْلانِ)**

(ش): يعني: فلو لم يعم النساء وأبقي جِنْسًا (قليلا)، أو بلدة صغيرة أو قبيلة صغيرة.

(فَقَوْلانِ): أحدهما: اللزوم لكونه لم يعم. والثاني: هو مذهب "المدونة[1]": نفي اللزوم، ففيها: وإن قال: إلا من قرية كذا- لقرية صغيرة ليس فيها ما يتزوج، أو قال: إلا من فلانة، وهي ذات زوج أم لا، أو قال: إن لم أتزوج فكل امرأة أتزوجها طالق، فلا شيء عليه في ذلك، وسبب الخلاف الشهادة بوجود الحرج ونفيه.

وأنكر ابن عبدوس تسويته في "المدونة[2]" بين المسألتين، ورأى أن الأولى أي: كل امرأة أتزوجها إلا فلانة، فيها الحرج والتضييق؛ لأنه لا يقدر أن يتزوج غير فلانة لا قبلها ولا بعدها بخلاف الثانية، أي: إن لم أتزوج فلانة فكل امرأة أتزوجها طالق، فإنه لا كبير حرج فيها؛ لأنه قادر على أن يتزوجها أولا ثم يتزوج بعدها ما أحب، فصار كمن صرَّح في يمينه بطلاق من يتزوج قبل فلانة أو قبل دخول الدار، ولا شك في لزوم ذلك، وقد يقال: لما علق طلاق هذه على عدم زواجها، وقد لا ترضى صار كَمَنْ عمم.

فرع:

أشهب في "العتبية " إن قال: كل امرأة أتزوجها تفويضًا فهي طالق لزمه، ولو قال: كل امرأة أتزوجها إلا تفويضًا لم يلزمه؛ لأن التفويض غير مقدور ولا مرجو.

(ص): (**وَعَلَى اللُّزُومِ فَفِي إِبْقَاء واحدةٍ قَوْلانِ**)

(**ش**): أي: إذا فرَّعنا على المشهور من عدم اللزوم، إذا بقي قليلا، فَمِنْ باب الأوْلَى لا يلزمه إذا أبقى واحدة، وإذا فرعنا على اللزوم فهل يلزمه في الواحدة؟ قولان، وزاد ابن بشير وابن شاس قولا ثالثًا، وهو نفي اللزوم ما دامت متزوجة ولزمه أو إذا تزوجت، ولزومه إن لم تكن متزوجة.

(ص): (**وَلَو خَشِيَ العَنَتَ فِي التَّأْجِيلِ، وَتَعَذَّرَ التَّسَرِّي نكَحَ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ**)

(**ش**): يعني: إذا ضرب أجلا يبلغه ظاهرًا، وألزمناه اليمين فخشي العنت، وتعذر عليه التسري يريد أو لم يعفه تزوَّج ولا شيء عليه، وهكذا في "المدونة[3]"، ابن القاسم لأن نكاحه خير من الزنا، قال: وقد أجاز هذا النكاح سعيد بن المسيب وغيره.

ابن القاسم في "الموازية": ولا حد لمقدار ما يعذر فيه، ولا شك أن عشرين سنة كثير ويتزوج.

أصبغ بعد تصبر وتعفف، وقال أَشْهَب وابن وهب: لا يتزوج، وإن خاف العنت في

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٠. (٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٥١.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٥١.

الثلاثين سنة، وقال مالك: يتزوج فيها إن خاف العنت.

والعجب من ابن عبد السلام كيف حكى عن أشهب وابن وهب ما ذكرناه، وقال: ولم أر خلافًا في أن خشية العنت عذر.

وانظر هل مرادهم بالعنت المشقة أو الزنا؟ وهو الظاهر كما قالوا في نكاح الأمة. وقول ابن القاسم: نكاحه خير من الزنا يدل عليه.

(ص): **(وَلَوْ تَكَرَّرَ التَّزْوِيجُ فِي وَاحِدَةٍ تَكَرَّرَ الطَّلاق وَإِلا لَمْ يَكُنْ حَرَجًا فِي كُلِّ امرأةٍ)**

(ش): يعني: حيث ألزمناه اليمين إما بأن خصص قبيلة أو بلدًا أو نوعًا، فإنه إذا تزوج امرأة مما التزمه لزمه الطَّلاق، وكذلك ولو بعد زوج، وهكذا بخلاف ما لو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، ولم يأت في لفظه بأداة تقتضي التكرار، فإنه لا يلزمه إلا الطلاق أول مرة.

وقرر المصنف التكرار فإنه لو لم يتكرر لم حرجًا في قوله: (كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ)؛ لأنه حينئذٍ يمكنه أن يعقد النكاح على امرأة فتطلق عليه بمقتضى يمينه، ثم يكون له أن يتزوجها، وكانت اليمين تلزمه، وقد تقدم أنه لا يلزمه.

(ص): **(وَلَوْ قَالَ: كُلُّ بِكْرٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: كُلُّ ثَيِّبٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ، فَثَالِثُهَا: يَلْزَمُهُ الأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي...)**

(ش): من نظر إلى لزوم التعميم قال: بعدم اللزوم، وهذا القول حكاه جماعة واختارة اللخمي.

ومن نظر إلى الخصوص قال: باللزوم، وهو مروي عن مالك وابن وهب.

والثالث لابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون، وابن كنانة، وأصبغ، وسحنون، وابن المواز، وغيرهم.

ابن بشير وابن راشد: وهو الجاري على المشهور.

ابن عبد البر وغيره: وهو أصح؛ لدوران الحرج مع الثانية وجودًا وعدمًا، ولا وجه لعدم لزوم اليمين الأول وانحلالها بعد انعقادها.

فرعان:

الأول: قال ابن القاسم في "العتبية " في الحرِّ يقول: **كل** حرة أتزوجها فهي طالق يلزمه وله نكاح الإماء، وقاله ابن حبيب قال: لأنه أَبْقَى الإماء وهو بيمينه كعادم الطول.

وقال محمد: لا يلزمه إن كان مليًّا، قيل: والأول المشهور.

ابن القاسم: وإن قال: كل امرأة أتزوجها من أرض الإسلام طالق إن كان يقدر على التزويج من أرض الشرك وإخراجها لزمته اليمين وإلا فلا. وخالف أصبغ كمن استثنى قرية صغيرة.

الثاني في "الموازية": لو قال كل امرأة أتزوجها، حتى أنظر إليها طالق فعمى رجوت ألا شيء عليه، وكذلك حتى ينظر إليها فلان فمات فلان.

محمد: وإن مات من استثنى نظره فلا يتزوج، حتى يخشى العنت ولا يجد ما يبتاع به أمة.

وقال: مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذي قال: حتى أراها، له أن يتزوج من كان رآها قبل العَمَى، واليمين عليه قائمة فيمن لم يكن رآها.

(ص): **(وَلَوْ قَالَ: آخِرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالْحَقُّ: أَنْ يُوقَفَ عَنِ الأولَى حَتَّى يَنْكِحَ ثَانِيَةً فَتَحِلُّ لَهُ الأولَى، ثُمَّ يُوقَفُ عَنِ الثَّانِيَةِ كَذَلِكَ، وَهُوَ فِي الْمَوْقُوفَةِ كالْمُولِي...)**

(ش): اللخمي: وإن قال: أول امرأة أتزوجها طالق لزمه؛ لأنه أبقى ما بعد الأولى، ثم لا يحنث فيها ولا في غيرها. واخْتُلِفَ إذا قال: آخر امرأة أتزوج بها طالق، فقال ابن المواز: لا شيء عليه، قال في "العتبية": وهو مثل مَنْ حَرَّم جميع النساء؛ لأنه كُلما تزوج امرأة فرَّق بينه وبينها، ولعل تلك المرأة آخر امرأة يتزوجها فلا تستقر معه امرأة.

وقال محمد وسحنون: يلزمه ذلك ويوقف عنها خوف أن لا يتزوج غيرها، فإن تزوج غيرها حَلَّت الأولى ويوقف عن الثانية، فإن تزوج ثالثة وقف عنها وحلت الثانية.

اللخمي: والصواب لا شيء عليه في الأولى لما قال: آخر امرأة علمنا أنه جعل لنكاحه أولا لم يرده باليمين، وبالثاني قال ابن الماجشون أيضًا.

وجزم المصنف بأنه الحق؛ لأنه لما التزم طلاق الأخيرة ولسنا على يقين إذا تزوج واحدة أنها الأخيرة فصار شكًّا مَقْدورًا على تحقيقه، وما كان كذلك فإنه يوقف مثل: إن لَمْ أدخل الدار فأنتِ طالق.

ابن راشد: وما قاله ابن القاسم أصوب؛ لأنا إذا قلنا باللزوم ولم يصح له أن يعقد؛ لأنه ممنوع من الوطء إثر العقد، حتى يتزوج أخرى، على ما قاله ابن الماجشون وغيره. والمقصود بالعقد الوطء، إذا امتنع لم يترتب على العقد مقصوده فلا يشرع، ولما

أبحنا له العقد وجب أن يباح له الوطء.

قوله: (وَهُوَ فِي الْمَوْقُوفَةِ كَالْمُولِي) هو تفريع على القول الثاني.

محمد: والأجل من يوم الرفع.

ابن الماجشون مفرعًا على قوله: فإن تزوج امرأة فماتت وقف ميراثه منها، حتى يتزوج ثانية فيأخذه أو يموت قبل أن يتزوج فيرد إلى ورثتها، وإذا طلق عليه بالإيلاء فلا رجعة له؛ لأنه لم يبن بها.

وقوله: (وَهُوَ فِي الْمَوْقُوفَةِ كالْمُولي) مُقْتَضى اللسان إظهار الفاعل فيقال وهو في الموقوفة عنها؛ لأن الوقف إنما هو من وصف الرجل لا المرأة ألا ترى إلى قوله: (وَالْحَقُّ: أَنْ يُوقَفَ عَنِ الأولَى)، وقوله: (ثُمَّ يُوقَفُ عَنِ الثَّانِيَةِ).

خليل: وقد يُجاب عنه بأنه إذا وقف عنها فهي أيضًا موقوفة عنه فليس من باب جريان الصفة على غير من هي له فانظره. وإن قال: آخر ما أتزوج إلا واحدة طالق يريد تطليق التي تلي الأخيرة، فإن تزوج وقف عنها وعن الأولى إذا لا يدري ما تَلِي الأخيرة مِنْهُمَا، فإن مات فالأولى المطلقة وإن تزوج حلت له الأولى، ثُمَّ إن مات فالثانية المطلقة ثم كذلك.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ مِنَ الْمَدِينَةِ فَكُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مِنْ غَيْرِهَا طَالِقٌ فَتَزَوَّجَ مِنْ غَيْرِهَا أَوَّلا تَنَجَّزَ الطَّلاق عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ**: بناءً **عَلَى أَنَّهُ بِمَعْنَى** المولي **مِنْ غَيْرِهَا أَوْ تَعْلِيقِ مُحَقَّقٍ**...)

(**ش**): اختلف في قول القائل: إن لم أتزوج من المدينة فكل امرأة أتزوجها طالق فحمله في المشهور على أن معناه التزام طلاق مَنْ ليست من المدينة، وكأنه قال: كل امرأة أتزوجها من غير المدينة طالق؛ لأنه الذي يقصد في العُرف، إذ المقصود عُرفًا الرغبة في نساء المدينة، والتزام طلاق غيرها.

وحمله سحنون على ظاهره لغة من التعليق، هو التزام طلاق من يتزوج من غير المدينة بشرط أن لا يتزوج من المدينة.

سحنون: ويوقف عن التي تزوج من غير المدينة، حتى يتزوج من المدينة، بمنزلة قول القائل: إن لم أتزوج من المدينة فامرأتي طالق، وعلى ما قررنا فيكون المشهور إلزام الطلاق في غير من تزوج من غير المدينة سواء تزوج من المدينة قبلها أو بعدها، وكذلك يؤخذ من " الجواهر".

ابن راشد: وهو الذي يُفْهَم من "المدونة[١]"؛ لأنه سوَّى بين ذلك وبين قوله: كل امرأة أتزوجها من غير الفسطاط طالق، وكلام اللخمي يدل على أنه إنما يلزمه الطلاق إذا تزوج من غير المدينة قبل أن يتزوج منها؛ لأنه قال: وقول ابن القاسم أشبه؛ لأن قصد الحالف في مثل هذا أن كل امرأة يتزوجها قبل أن يتزوج من الفسطاط طالق.

وقاله ابن محرز أيضًا، إلا أنه رده بأن ظاهر "المدونة[٢]" تسويته بين هذه المسألة وبين قوله: كل امرأة أتزوجها من غير الفسطاط طالق، كما ذكرنا وظاهر قول المصنف أولا يوافق كلام اللَّخْمِي لكن قوله: في البناء بناءً على أنه بمعني المولي من غيرها يرده. والله أعلم.

(ص): (**وَالْمُعْتَبَرُ فِي الوِلايَةِ حَالُ النُّفُوذِ فَمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا، ثُمَّ أَبَانَهَا فَدَخَلَتْ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ...**)

(ش): يعني: الولاية على المحل الذي يلتزم فيه الطلاق، إنما يعتبر وقت وقوع المحلوف عليه لا وقت الحلف، فإن كانت المرأة زوجته وقت وقوع المحلوف عليه لزمه الطلاق.

ابن عبد السلام: وإلا فلا، فلذلك لو قال لزوجته: إنْ دخلتِ الدار فأنتِ طالِق ثلاثًا ثم أبانها ودخلت، لم يقع عليه الطلاق؛ لأنَّها حال وقوع المحلوف عليه لم تكن زوجة.

(ص): (**فَلَوْ نَكَحَهَا فَدَخَلَتْ أَوْ أَكَلَتْ بَقِيَّةَ الرَّغِيفِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ، وَقَدْ بَقِيَ شَيْءٌ وَقَعَ - تَزَوَّجَتْ أَوْلا - مَا لَوْ نُكِحَتْ بَعْدَ الثَّلاثِ؛ لأَنَّ الْمِلْكَ الذَّي عَلَّقَ فِيهِ قَدْ ذَهَبَ وَكَذَلِكَ الظِّهَارُ...**)

(ش): يعني: (فَلَوْ) تَزوجها بعد أن أبانها (فَدَخَلَتْ) الدار (أَوْ أَكَلَتْ بَقِيَّةَ الرَّغِيفِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ) إنْ كانت يمينه أولا على ترك أكله لزمه ما حلف به وسواء (تَزَوَّجَتْ) غيره في الزمان الذي كانت بائنة فيه (أَوْ لا)؛ لأن نكاح الأجنبي عندنا لا يهدم الطلاق السابق قبله، وإذا راجعها الزوج ترجع عنده على بقية الطلاق وقوله: (بِخِلافِ مَا لَوْ نُكِحَتْ بَعْدَ الثَّلاثِ)، يعني: ثم تزوجها، فإنه لم يبقَ له مِمَّا قبل ذلك شيء.

(لأَنَّ الْمِلْكَ الَّذِي عَلَّق فِيهِ قَدْ ذَهَبَ) ورجعت بملك مستأنف، وحاصل كلامه -

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٢.

وهو المذهب- أن اليمين تلزمه ما بقي من العصمة الأولى شيء.

قوله: (وَكَذَلِكَ الظِّهَارُ)، أي: إذا قال لها: إنْ دخَلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، فأبانها فدخلت لم يلزمه ظهار، فإن راجعها فدخلت لزمه إلا أن يكون قد طلقها ثلاثًا فلا تعود عليه اليمين.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُهَا عَلَيْكِ فَهِيَ طَالِقٌ، اخْتَصَّ بالْمِلْكِ الَّذِي عَلَّق فِيه عَلَى الْمَشْهُورِ...**)

(**ش**): يعني: إن قال لامرأته: (كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُهَا عَلَيْكِ فَهِي طَالِقٌ)، ثم طلق امرأته ثلاثًا، ثم تزوجها بعد زوج، ثم تزوج عليها فلا شيء عليه، نص على ذلك في (كتاب الأيمان) بالطلاق من "المدونة[1]"، ورأى كما قال المصنف أن هذا الالتزام اختص بالملك الذي علق فيه المحلوف بها، وأنكر ذلك ابن المواز وابن حبيب وغيرها.

ورأوا أن المذهب ما في (كتاب الإيلاء) أن الاختصاص بالملك إنما يكون في المحلوف بطلاقها مثل المسألة التي قبل هذه، وأمَّا المحلوف لها أو عليها فإن اليمين مُنْعقدة عليه في الإيلاء: ومن قال: زينب طالق ثلاثًا أو واحدة إنْ وَطِئْتُ عَزَّةَ؛ فَطَلَّقَ زَيْنَبَ وَاحِدَةً، فَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَلَهُ وَطْءُ عَزَّةَ، ثُمَّ إنْ تَزَوَّجَ زَيْنَبَ بَعْدَ زَوْجٍ أَوْ قَبْله عَادَ مُولِيًا فِي عَزَّةَ، وإِنْ وَطِئَ عَزَّةَ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ وَطِئها في عِدَّة زَيْنَبَ مِنْ طَلاقٍ وَاحِدٍ حَنِثَ، وَوَقَعَ عَلَى زَيْنَبَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الطَّلاقِ، وَلَوْ طَلَّقَ زَيْنَبَ ثَلاثًا ثُمَّ تزوجها بَعْدَ زَوْجٍ لَمْ يَعُدْ عَلَيْهِ فِي عَزَّةَ إيلاءٌ؛ لِزَوَالِ طَلاقِ ذَلِكَ الْمِلْكِ، وَلَوْ طَلَّقَ عَزَّةَ ثَلاثًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ وَزَيْنَبُ عِنْدَهُ عَادَ مُولِيًا في عزَّة مَا بَقِيَ مِنْ طَلاقِ زَيْنَبَ شَيْءٌ كَمَنْ آلَى أَوْ ظَاهَرَ، ثُمَّ طَلَّقَ ثَلاثًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ، فَذَلِكَ يَعُودُ عَلَيْهِ أَبَدًا. فأنت تراه كيف لم يفرق في عزة المحلوف عليها بين أن يتزوجها بعد الثلاث أم لا.

ابن عبد السلام: والحاصل أن مذهب الجمهور هو الذي ذكر المؤلف أنه الشاذ، وأن الذي وقع في (كتاب الأيمان بالطلاق) لم يقل به أحد.

(ص): (**وَفِيهَا: وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا طُلِّقَت الأَجْنَبِيَّةُ وَلا حُجَّةَ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَزَوَّجْهَا عَلَيْهَا وَلَوْ ادَّعَى نِيَّةً؛ لأنَّ قَصْدَهُ أَلا يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا...**)

(**ش**): هذه المسألة متصلة في "المدونة[2]" بمسألة (كتاب الأيمان بالطلاق) التي

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٣.

فرَّع المصنف منها ونصها: وأما إن طلق المحلوف لها وانقضت عدتها ثم تزوجها، ثم تزوج عليها أجنبية، أو تزوج الأجنبية ثم تزوجها، فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين ما بقي من طلاق الملك الأول شيء، ولا حُجَّة له إن قال: إنما تزوجتها على غيرها ولم أنكح غيرها عليها ولا أنويه، ادَّعى نِية ذلك؛ لأن قصده أَلا يجمع بينهما.

وخالف أَشْهَب إذا ابتدأ بنكاح الأجنبية، ثم راجع مطلقته بعدها وقال: لا شيء عليه؛ لأنه لم ينكح عليها، وراعى اللفظ ولم يعتبر ما قاله في "المدونة[1]" من قصد الجمع.

وقال مطرف: إن كان شرطًا في أصل العقد " فكالمدونة[2]"، وإن كان طوعًا فله نيته هكذا نقل ابن عبد السلام وغيره.

وفي "المتيطية": إن كان الشرط على الطوع قبلت نيته قاله ابن القاسم، وإن انعقد ذلك على الشرط في أصل النكاح، فقال المغيرة: لا تعود اليمين عليه؛ لأنه لم يتزوج عليها، وإنما تزوج الثانية عليها.

وروى مطرف وابن الماجشون: أنها تعود؛ لأن نيته ألا يجمع بينهما.

وفي كلامه في "المدونة[3]" نظر؛ لأن الحالف يقول: نَويت أَلا أتزوج عليها، ونحن نقول: بل قصدُك ألا تجمع بينهما، وكذلك مخالفة له في قصده وليس بظاهر، وهذا للنظر إنما هو إذا أجرينا "المدونة" على ظاهرها من العموم سواء قامت عليه بينة أو جاء مستفتيًا، وأَمَّا على ما قاله بعضهم أَنَّ مَعْنَاها أنه قامت عليه البينة ولو جاء مستفتيًا لصدق فلا إشكال.

أبو الحسن: وقيل: إِنَّما لم ينوه؛ لأنه حالف للزوجة والحلف على نية المحلوف.

فرع:

قال في "المدونة[4]": وإن قال: كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة طالق؛ لزمه، كانت فلانة تحته أم لا، فإن كانت تحته فطلقها فإن نَوَى ما عاشت ما دامت تحته فله أن يتزوج، فَإِنْ لَمْ تكن له نية فلا يتزوج ما بقيت إِلا أَنْ يَخْشَى العنت.

وقوله: (فَإِنْ نَوَى فَلَه أَنْ يَتَزوج)، أي: وتقبل نيته في القضاء والفَتْوَى.

(ص): (**وَفِي: إِنْ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَبَاعَهُ، ثُمَّ مَلَكَهُ بِغَيْرِ إِرْثٍ، ثَالِثُهَا: إِنْ بَاعَهُ الْحَاكِمُ لِفَلَسٍ لَمْ يَعُدْ...**)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٤.
(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٥.
(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٦.
(٤) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٦.

(ش): ليست هذه المسألة من هذا الباب، وأتى بها المصنف؛ لأنها تشبه مسألة الطلاق السابقة، يَعْنِي: أَنَّ من حلف بحرية عبده على دخول الدار، إِمَّا على دخوله هو أو دخول العبد، فعلى هذا يصح أن تضبط التاء من قوله: دخلت، بالفتح والضم، ثُمَّ باع العبد وملكه (بغير إرث)، يعني: وإن ملكه بإرث لم تعد عليه اليمين بالاتفاق، وإنما اختلف إذا عاد إليه بأحد وجوه الملك إِمَّا بهبة أو شراء أو نحو ذلك، هل تعود عليه اليمين سواء باعه اختيارًا أم لا؟

وإليه ذهب ابن القاسم، أو لا تعود عليه مطلقا، وإليه ذهب ابن بكير، أو يفرق.

فإن باعه اختيارًا عادت عليه اليمين، وإن باعه السلطان عليه لم تعد عليه، وعليه ذهب أشهب.

والسؤال على قول ابن بكير؛ لأنه سوَّى بين العتق والطلاق، وأما ابن القاسم فإنما أعاد اليمين للتهمة؛ أي: لاحتمال أن يكون إنما باعه قصدًا لحل اليمين بخلاف الزوجة فإن أحدًا لا يتهم فيها على ذلك.

ولمراعاة التهمة، استحسن جماعة قول أشهب؛ لعدم التهمة ببيع الحاكم فكان كالميراث. واختار المازري قول ابن بكير؛ لأنه اتفق على أن السيد لو دخل الدار والعبد مبيع قبل اشترائه أنه لا يحنث بذلك الدخول، ولو اشترى العبد بعد ذلك، وذلك لأن البيع الواقع اختيارًا هو الموجب للتهمة عند من اتهمه، إِمَّا أن يقدر ناقلا لملك العبد أَوْ لا، فإن قدر الأول يلزم منه المطلوب، والثَّانِي يلزم منه أن يعتق عليه العبد بالشراء؛ لأنه دخل في حين كان يملك فيه العبد، وإنما منع فيه من تنجيز العتق حق المشتري وقد زال. واختار ابن المواز قول ابن القاسم. والله أعلم.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ: إِنْ دَخَلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا ثُمَّ عُتِقَ فَدَخَلَتْ طُلِّقَتْ ثَلاثًا، وَلَوْ قَالَ: اثْنَتَيْنِ بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ....**)

(ش): لأَنَّ المعتبر في الولاية حال النفوذ لا حال التعليق، وهو حال النفوذ مالك للثلاث؛ لأنه حر.

(ص): (**وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ عُتِقَ بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ؛ لأَنَّه طَلَّقَ النِّصْفَ**)

(ش): تصوره ظاهر، وشبه ذلك في "الموازية" فمن ذهبت له طلقة ونصف طلقة، قال ابن القاسم: ولو طلَّق العبد طلقتين، ثم ثبت أنه عتق قبل الطلاق؛ فله الرجعة.

(ص): (**وَلَوْ عَلَّقَ طَلاقَ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لأَبِيهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ لَمْ يَنْفُذْ**)

(ش): يعني: إذا تزوج أمة أبيه، وقال لها: إِنْ مَاتَ أَبِي فَأَنتِ طَالِقٌ، لَمْ ينفذ الطَّلاق؛ لأنه بموت أبيه يملكها فيفسخ النكاح، فلا تصير زوجة فيعدم محل الطلاق.

(ص): (**وَالقَصْدُ: وَلا أَثَرَ لِسَبْقِ اللِّسَانِ فِي الفَتْوَى**)

(ش): هذا هو الركن الثالث، ومعنى (سَبْقِ اللِّسَانِ) أنه أراد أن يلفظ بغير الطلاق فزل لسانه فتلفظ به.

وقوله: (في الفتوى)، أي: إذا جاء مستفتيًا احترازًا مِمَّا لو رفع إلى الحاكم وقامت عليه البينة وأقر؛ فإنه يلزمه الطلاق وقيد ذلك بعضهم بأن الشهود إذا فهموا من قرينة الحال صِدْقَه، وأَنَّه أراد أن يتكلم بغير الطلاق فَزَلَّ لسانُه أن ينفعه ذلك، وهو ظاهر، وَلِمُرَاعاةِ القصد قال مالك في "الموازية": ومَنْ اعتذر في شيء سئل فيه بأنه حلف بالطلاق أو العتق ولم يحلف لا شيء عليه في الفتوى.

وقال: وَمَنْ حكى للناس يمين بألبتة، فقال: امرأتي طالق البتة، وإنما أراد أن يقول: قال فلان، فإن ذكر في ذلك مستفتيًا نسقًا لم يقطعه، فلا شيء عليه.

وفي "العتبية": في امرأة كتبت إلى أبيها ليزورها فأَبَى، فقالت لزوجها: اكتب إليه أنك طلقتني لَعله يأتي، فكتب بذلك إليه، ولم يرد طلاقًا قال: إِنْ صحَّ ذلك وجاء مستفتيًا فلا شيء عليه.

قال في "الموازية": وإن أقيم عليه بخطه وشهد عليه لم ينفعه ما يدَّعِي، إلا أن تشهد قبل أن يكتب بالذي أراد فلا شيء عليه، فإن لم يكن أشهد وصدَّقته الزوجة، فأرى أن يستحلف إن كان مأمونًا قال في "العتبية": إن قالت أردت خديعته بذلك وأردت الطلاق، وأنكر هو ذلك وقد علم ما ذكر من شأنها لا شيء عليه، وإن لم يكن إلا قوله وقد ظهر كتابه وثبت عليه؛ لزمه الطلاق، قيل: كم؟ قال: ينوى وتكون واحدة.

أبو محمد: انظر قوله يُنوى وأعرف لأشهب نظيرها: يحلف أنه لم يُرد طلاقًا وتكون واحدة.

وفي "الموازية" ما يوهم إلغاء القصد إذ فيها في من قال لامرأته: قد كنت طلقتك البتة، ولعبده قد كنت أعتقتك ولم يكن فعل ذلك، قال أبو الزناد: أما في الفتوى فلا شيء عليه، وقال مالك: ذلك يلزمه، كمن قال: أنت طالق. أو قال: أنت حر لا يريد طلاقًا ولا عِتْقًا.

وقاله ربيعة وابن شهاب.

ربيعة: إلا أن يأتي بعذر بين له وجه. فقول أبو الزناد ظاهر، وقول مالك يوهم عدم اعتبار القصد، إلا أن يتأول على أنه في معنى طلاق الهازل وإعتاقه، وفي اللخمي قال مالك في من قال أنتِ طالق فزل لسانه، فقال البتة، قال: هي ثلاث. فألزم الطلاق باللفظ من غير نية، وقال سحنون: لا شيء عليه في ذلك، وهو أحسن. انتهى.

فحمل قول سحنون على الخلاف وسياقه في "التهذيب " يدل على خلاف ذلك، ولفظه: وإن قال لزوجته أنتِ طالق البتة، وقال: والله ما أردت بقولي البتة، وإنما أردت واحدة فزل لساني فلفظت بالبتة فهي ثلاث.

سحنون: وهذا الذي قال البتة قد كانت عليه بينة، فلذلك لم ينوه مالك.

عياض: وقد اختلف ابن نافع وغيره عن مالك في قبول قوله في الفتوى، ويتخرج من هذه المسألة وأخواتها القولان اللذان حكاهما البغداديون في إلزامه بمجرد اللفظ دون النية على ما خَرَّجه الشيوخ من الكتاب، فأما إلزامه الطلاق بمجرد اللفظ فمن إلزامه الطلاق في مسألة: أنت طالق، وقال: أردت من وِثاق ولا بينة عليه، ولم يعذره وإن جاء مستفتيًا.

ومن قوله: يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ولا ينفعهم نياتهم، ومن الذي أراد واحدة فزل لسانه فقال البتة، ومن خلاف أهل المدينة في الذي قال لامرأته وهو يُلاعبها: هو عليك حرام، ومن مسألة هزل الطلاق. انتهى.

وإنما ذكرنا هذا لتعلم أن ما ذكره المصنف ليس مُتَّفَقًا عليه، وأن قول ابن راشد: لا خلاف في المذهب إن قصد إنشاء الصيغة؛ شرط ليس بظاهر. والله أعلم.

(ص): **(وَلا لِقَصْدِ لَفْظٍ يَظْهَرُ مِنْهُ غَيْرُ الطَّلاق كَقَوْلِهِ لِمَنْ اسْمُهَا طَالق يا طَالِق)**

(ش): هو معطوف على قوله: (لِسَبْق)، أي: ولا أثر **(لِقَصْدِ لَفْظٍ)** وهو كلام ظاهر، قال في "الجواهر": وإذا كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ طَارِق فَنَادَاهَا، فقال: يَا طَالِقُ، ثم قال: انفلت لِسَانِي قُبِل ذلك في الفتوى.

(ص): **(وَلا أَثَرَ لِلَّفْظِ يَجْهَلُ مَعْنَاهُ كَأَعْجَمِيّ لُقن أَوْ عَرَبِي لقن)**

(ش): أي: (كَأَعْجمي لُقِّنَ) الطلاق بالعربية (أَوْ عَرَبِيّ لُقِّنَ) الطلاق بالعجمية، أَمَّا لو فهم معناه لزمه بلا إشكال.

(ص): **(وَفِي الْهَزْلِ: فِي الطَّلاق، وَالنِّكَاحِ، والعِتْقِ - ثَالِثُهَا: إِنْ قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ لَمْ يَلْزَمْ)**

(ش): يلحق بالثلاث الرجعة، والمشهور اللزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ، وَالطَّلاقُ، وَالرَّجْعَةُ"[1]. قال: وهو حسن غريب، والقول بعدم اللزوم في "السليمانية"، لكن إنما ذكره في النكاح، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي.

ابن عبد السلام: والذي يحكيه غير واحد إِنَّمَا هو قولان، وما ذكره من القول الثالث هو شرط قيام الدليل على عدم اللزوم يعدونه من تمام القول الثاني؛ لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى، لكن ذكر بعض المتأخرين أنه اختلف إذا قال: تزوجني وليتك؟ أو تبيعني سلعتك؟ فقال: قد بعتها من فلان أو زوجتها من فلان على أربعة أقوال:

يلزم ولا يلزم، والفرق بين أن يدعي ذلك بأمر متقدم أو لا يدعيه إلا بذلك اللفظ والفرق، فيلزم في النكاح لا البيع. والقول الثالث: يشبه الثالث من كلام المصنف.

(ص): **(أَمَّا لَوْ قَالَ: يَا عَمْرَةُ، فَأَجَابَتْهُ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَحْسَبُهَا عَمْرَةَ فَأَرْبَعَةٌ)**

(ش): نظيرتها إذا قال: يا ناصح، فأجابه مرزوق، فقال: أنت حر. والأقوال الأربعة منصوصة في مسألة العتق والكلام في المسألتين واحد، والقول بعتقهما لأصبغ.

والقول بعدم عتقهما حَكَاه ابن سحنون ولم يسم قائله. وقال أشهب: يعتق المجيب في القضاء والفتوى، ولا عتق للمدعو؛ لأن الله حَرَّمه العتق، وقال ابن القاسم: إن قامت عليه بينة عتقا معًا، وإن لم تقم عليه بينة عتق المدعو، ولا يفهم هذا القول من كلام المصنف أربعة؛ ولهذا يلقيها الطلبة في المعايات، فيقولون: ما مذهب ابن القاسم في مَنْ له عبد إِنْ دَعَا أحدهما فأجابه الآخر فمن لا علم عنده بقوله يُخْطِئ؛ لأنه إن قال: يعتقان أو لا يعتقان، أو يعتق المدعو والمجيب كان خطأ.

(ص): **(وَلا أَثَرَ لِطَلاقِ الإِكْرَاهِ كَنِكَاحِهِ وَعِتْقِهِ وَغَيْرِهِ، أَوْ الإِقْرَارُ بِهِ أَوْ اليَمِينُ عَلَيْهِ أَوِ الفِعْلُ الَّذِي يَحْنَثُ فِيهِ بِهِ...)**

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١٨٤) وقال: حَسَنٌ غَرِيبٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم. وأخرجه أبو داود، برقم (٢١٩٤) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنها.

(ش): المذهب وهو مذهب الأكثر كما ذكر المصنف أن نكاح المكره وطلاقه لا يلزم.

وقوله: (وَغَيْرِهِ)، أي: غير ما ذكر من بيعه وسائر عقوده، وقوله: (أَوْ الإِقْرَارُ بِهِ)، يعني: أنه لا فرق بين أن يكره على إيقاع الطلاق، أو على الإقرار، أو على اليمين أو الحنث في يمين لزمت به، كل ذلك لا يلزمه.

فروع:

إِنْ أُكْرِهَ على اليمين في ما هو معصية، أو ليس بطاعة ولا معصية لم تلزمه اليمين باتفاق، وحكاه في "البيان": وإن أُكره على يمين فيها طاعة مثل أن يأخذ الوالي من يشرب الخمر فيحلفه بالطلاق أن لا يشربها، أو لا يفسق، أو لا يغش في عمله، أو لا يتلقى الركبان، أو يحلف الوالد ولده على شيء من ذلك. فقال مطرف وابن حبيب: تلزمه اليمين، وقال ابن الماجشون وأصبغ: لا تلزمه.

الثاني: لو أبان بعد أمنه ما طلقه في الإكراه، فالذي رجع إليه سحنون اللزوم؛ لاختلاف الناس في لزوم طلاق الإكراه، وكان يقول أولا: لا يلزمه،؛ لأنه لزم نفسه ما لم يلزمه.

الثالث: قال ابن سحنون: أجمع أصحابنا على بُطلان نكاح الْمُكره، وكذلك نكاح المكرهة، ولا يجوز المقام عليه؛ لأنه لم ينعقد، ولو انعقد لبطل؛ لأنه لم ينعقد، ولو أنعقد لبطل؛ لأنه نكاح فيه خيار.

ابن سحنون: وفي قياس بعض مذهب مالك أن للمُكره إمضاء ذلك النكاح إذا أمن، وكذلك لأولياء المرأة المكرهة، وفي قياس بعض مذاهبهم: إنما تجوز إجارة المكره بحدثان ذلك.

(ص): (**وَفِي حِنْثِهِ بِمِثْلِ تَقْوِيمِ جُزْءِ العَبْدِ فِي العِتْقِ - قَوْلانِ**)

(ش): هذا كقوله في "الجواهر": لَوْ حَلَفَ فِي نِصْفِ عَبْدٍ لا بَاعَهُ فَأَعْتَقَ شَرِيكُهُ نِصْفَهُ. فأعتق عَلَيْهِ حَنِث، إلا أَنْ يَنْوِيَ إلا أَنْ يُغْلَبَ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ: لا حِنْثَ عَلَيْهِ؛ لأنه إِنَّمَا أراد لا بعته طَوْعًا.

ابن عبد السلام: والأول أصل المشهور، وهو مذهب "المدونة[1]" على ما أشار

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٧.

إليه في كتاب "التخيير والتمليك"، ومنشأ الخلاف: هل إكراه القاضي كغيره أم لا؟ ويمكن أن يُبْنَى ذلك على الخلاف في من حلف أن لا يبيع سلعة فبيعت عليه وأتلفت فأخذ قيمتها هل يحنث أم لا؟

(ص): (**وَقِيْلَ: إِنَّمَا الإِكْرَاهُ فِي القَوْلِ**)

(ش): هذا القول عَزَاه في "الجواهر " لسحنون، وقال ابن عبد السلام: وقع لسحنون وعبد الملك أنه مقصور على القول ما لم يخف القتل؛ لأنه لا تأثير له في المعني والذوات، بخلاف الفعل فإنه يؤثر.

(ص): (**وَقِيْلَ: إِنْ تَرَكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ مَعْرِفَتِهَا حَنِثَ**)

(ش): حاصله في المسألة ثلاثة أقوال: المشهور، وقول سحنون، والقول الثالث: اللزوم إذا أمكنه أن يوري عن ذلك ويأتي بلفظ فيه إيهام على السامع فلم يفعل ذلك، وأتى بلفظ صريح فإنه يحنث، وعدَّه المصنف ثالثًا، وهو ظاهر كلام ابن شاس لقوله: ولا يقع طلاق المكره ولا يلزمه شيء.

هذا مطلق الروايات، وقال بعض المتأخرين: الحكم كذلك إلا أن يترك التورية مع العلم بها والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه، وكذلك قال ابن بشير: أن المذهب عدم التفصيل، وفصل في ذلك اللَّخْمِي والمذهب خلافه. انتهى.

والظاهر أَنَّ كلام اللخمي تقييد؛ لأنه قال: إن طلق المكره باللفظ دون النية لم يلزمه.

والصحيح من المذهب فيمن وقع منه طلاق بغير نية أَنَّه لا يلزمه، وإن لم يكن مكرها فالمكره أَوْلَى، وإِنْ نَوَىَ الطلاق وهو عالِم ذاكر أن يجعله لفظًا بغير نية لزمه؛ لأن النية لا تدخل تحت الإكراه وهو طائع بالنية، وإن لم تكن متصلة عند الإكراه فيجعله نُطْقًا بغير نية، أو كان يجعل إخراج النية لم يلزمه على الظاهر من المذهب.

(ص): (**وَيَتَحقَق الإِكْرَاهُ بِالتَّخْوِيفِ الوَاضِحِ بِمَا يُؤْلِمُ مِنْ قَتْلٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ مِنْ سُلْطَانٍ أَوْ غَيْرِهِ...**)

(ش): يعني: أن الإكراه الذي لا تلزم معه الأحكام (يتحقق) حصولُه (بالتَّخْوِيفِ الوَاضِحِ).

(من قَتْلٍ)، أي: خوف قتل لا حصوله؛ لأنه لو حصل ذهبت النفس المكرهة، وإذا كان القتل مخوفًا لا واقعًا، فالضرب والصفع المعطوفان عليه في كلام المصنف يكونان

كذلك، وهو قريب من كلام اللخمي فإنه نص على أنه إذا هدَّد بقتل أو بقطع أو بقيد أن ذلك إكراه، قال: واختلف في التهديد بالسجن، فأراه إكراهًا في ذَوِي الأقدار، وليس إكراهًا في غيرهم إلا أن يسجن أو يهدد بطول المقام فيه.

ابن محرز: ولا خِلاف في المذهب فيما علمته أَنَّ الإكراه بِمَا يلقى المكره نفسه إكراهًا ويرفع أحكام اليمين.

وفي "الواضحة " قال مطرف، وابن الماجشون، وابن نافع، وابن أبي أويس: مَنْ أُكْرِه على أن يحلف بيمين، وهدد بضربٍ أو سجن، وجاء من ذلك وعيد بين تقع فيه المخافة أو خاف ذلك، وإن لم يقف عليه مثل ما يفعلون في البيعة أو أشباهها لا يمين عليه وكأنه لم يحلف، ورواه مالك وأكبر أصحابه.

وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ، وهو قول ابن القاسم وأشهب، وكذلك في "كتاب ابن سحنون": أَنَّ التهديد بالضرب، أو السجن، أو القيد إكراه، وقول ابن عبد السلام أن ظاهر المنصوص في المذهب أن الإكراه إِنَّما يكون بحصول الضرب والصفع لا بتحقق وقوعهما، ليس بظاهر.

وقوله: (أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ)، مُقيد بما ذكره صاحب " الجواهر " وغيره بأن يكون في الملاء لا في الخلاء.

واحترز بذي المروءة من غيره فإن الصفع في حقِّه ليس إكراهًا، وهذا كله إذا كان الإكراه على طلاق أو عتق أو ما أشبه ذلك، وأما إن أكره على أن يكفر بالله أو يشتم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو يقذف مسلمًا، فقال سحنون وغيره لا يسعه الإقْدَام على ذلك إلا مع خوف القتل وحده قال: وله أن يصبر، حتى يقتل ولا يفعل ذلك، وهو مأجور وهو أفضل له.

سحنون وغيره من أصحابنا: أَمَّا لو أكره بوعيد بقتلٍ، أو قطع عضو، أو بضربٍ يخاف منه تلف بعض أعضائه، ولا يخاف منه تلف نفسه، أو بقيد أو بسجن على أن يفعل ما ذكره فإنه لا يسعه ذلك.

ابن عبد السلام: ووقع لسحنون أَنَّه إذا أكره بما ذكرنا على أكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر، فإنه لا يجوز له شربه، والصحيح جواز شربه كما يجوز له شربه على الصحيح أيضًا عند الضرورة والغصص.

(ص): (وَفِي التَّخْوِيفِ بِقَتْلِ أَجْنَبِيٍّ قَوْلانِ بِخِلافِ قَتْلِ الوَلَدِ)

(ش): يعني: إذا طلب بإحضار أجنبي ليقتل فأنكر أن يكون عالمًا به وأحلف على ذلك، أو يقال له: احلف وإلا قتلنا زيدًا، فهل يعد ذلك إكراهًا أو لا؟ والقول بأنه تلزمه اليمين لمالك، وابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون، وأصبغ قالوا: ويؤجر إن حلف ويلزمه الحنث. والقول بأنه إكراه لأشهب. ابن بريزة: وهو المشهور.

قوله: (بِخِلافِ قَتْلِ الوَلَدِ) مُقْتَضَاه أنه يتفق على أن قتل الولد إكراه، ونحوه في "الجواهر " فإنه قال: والتخويف بقتل الولد.

واختلف في التخويف بقتل أجنبي ونحوه، ابن راشد: لأنَّه قال: أما التخويف بقتل الولد، فلا يختلف أنه إكراه؛ لأن ما ينزل بالنفوس من قتل الولد أشد مِمَّا ينزل بها من ألمها.

وقال ابن عبد السلام: والمقول في المذهب خلاف ما في "الجواهر".

قال أصبغ في "ثمانية " أبي زيد: وإن قال له السلطان: احلف لي وإلا عاقبت ولدك، فحلف له كاذبًا فهو حانث، وإنما يعذر بالمداراة عن نفسه.

خليل: وفيه نظر، لأنَّ المصنف، وابن شاس، وابن راشد، إنما قصدوا قتل النفس لا ما دونها. والله أعلم.

(ص): (وَفِي التَّخْوِيفِ بِالْمَالِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ كَثِيرًا تَحَقَّقَ)

(ش): القول بأنه إكراه لمالك وأكثر الأصحاب، ومقابله نقله اللخمي وغيره من أصبغ وابن محرز عن ابن الماجشون. والثالث نقله ابن عبد السلام عن ابن الماجشون. وحكى في "البيان" عن مطرف رابعًا، بالفرق بين أن يُقال له: إن لم تحلف على هذا الشيء أنه ليس متاعك أخذناه، وبين ألا يأمن العقوبة على جسده، مثل أن يهدده اللصوص بالضرب أو القتل على أن يطلعهم على ماله ليأخذوه، فَهُو إن لم يحلف ضربوه أو قتلوه، وإن أطلعهم على مالِهِ ذهبوا فأخذوه، فهو قول مطرف.

ابن راشد: وبعضهم يجعل الثالث تفسير لِلأولين، وقوعه ونحوه لابن بشير.

ابن بريزة: والصحيح أنه إكراه، إلا في المال اليسير الذي لا قدر له.

اللخمي: وعلى هذا يختلف إذا مر على عاشر بجارية، فقال له: هي حرة؛ لئلا يغرمه عليها، فأَبَى أَنْ يتركه حتى يقول له: إن كانت أمة فهي حُرة، فعلى قول أصبغ تعتق، وعلى قول ابن الماجشون لا تعتق.

وقال ابن القاسم في "المدونة"[١]: لا شيء عليه إذا قال ذلك وهو لا يريد حريتها.

اللخمي: وَلَوْ نَوَى الحرية وهو عالم أن له ألا ينوي لزمه العتق، وإنما الاختلاف إذا كان عاميًّا يجهل ذلك، أو لم تكن مهلة ليخرج النية.

(ص): (**اللَّفْظُ صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ، وغَيْرُهُمَا؛ الصَّرِيحُ: مَا فِيهِ صِيغَةُ الطَّلاق، مِثْلُ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَو: أَنَا طَالِقٌ فَلا يَفْتَقِرُ إِلى نِيَّةٍ...**)

(**ش**): هذا هو الركن الرابع، وقسمه على ثلاثة أقسام: صريح، وكناية، وغيرهما، وعدل المصنف عن طريقة أكثر الفقهاء، وهي أن الطَّلاق ينقسم إلى قسمين فقط: صريح وكناية؛ لأن المصنف رأى أن: اسقني الماء ونحوه لا ينبغي عَدَّه في الكناية؛ لأن الكناية استعمال اللفظ في لازم المسمى، لكن هذا اصطلاح ولا مناقشة فيه.

ثُمَّ أخذ يتكلم على الأول فالأول، فذكر أن الصريح ما فيه الطاء واللام، والقاف، كقوله: أَنتِ طالق، أو مُطلقة، أو أنا طالق، والطلاق لازم لِي، أَو عليَّ الطلاق، فلا يفتقر إلى نية لا يريد به أن الطلاق يلزم بمجرد جريان هذا اللفظ على لسان هذا الرجل من غير قصد إليه، فإن ذلك لا يلزم على الصحيح من القول وقد تقدَّم ذلك، وَإِنَّما يريد به أنه لا يقبل منه إذا أسرته البينة، ولذلك لا يقبل منه في الفتوى إذا أقر على نفسه أنه أَتَى بهذا اللفظ قاصدًا إلى النطق به وإن لم يرد به الطلاق.

تَنْبيه:

استشكل القرافي قول الفقهاء أن الصريح ما فيه الطاء واللام والقاف بأنه يبطل باتفاقهم على أنه لا يلزم الطلاق لِمَنْ قال لزوجته: أنت مطلقة إلا بالنية، وأشار إلى أنهم إِنَّما لم يلزموه ذلك بأنت مطلقة؛ لأن الأصل كان لا يلزمه بقوله: أنت طالق؛ لأنه خبر، والخبر لا يلزم به الطلاق، وإنما يلزم بالإنشاء، لكن العُرف نقل أنت طالق إلى إنشاء الطلاق، ولم ينقل أنت متطلقة.

(ص): (**وَفِيهَا: لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ مِنْ وثَاقٍ طُلِّقَتْ، وَلَوْ جَاءَ مُسْتَفْتِيًا وَلا بَيِّنَة، وَلا تَنْفَعُ النِّيَّةُ فِي ذَلِك إِلا أَنْ يَكُونَ جَوَابًا...**)

(**ش**): هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يقول لها: أنتِ طالق وليست موثقة، فلا خلاف أنه لا يُنوى.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٨.

الثاني: أن تكون موثقة، وتقول له: طلقني، فيقول: أنتِ طالق، فلا خلاف أنه يُدين، وظاهر كلامه: أَنَّه لا فرق بين أن تكون هنالك بينة أم لا.

والثالث: أن تكون في وثاق بحضرة البينة ولم تسأله إطلاقها، فقال: أنتِ طالق، وادَّعى أنه أراد من الوثاق، فقال مطرف: يصدق فيما ادَّعاه، وقال أَشْهَب: لا يُصَدَّق.

قيل: وَإِنْ أَتَى مستفتيًا صُدِّق على كلِّ حال، إلا على مذهب مَنْ يرى أن مجرد اللفظ دون النية يوجب الطلاق واختلف في تأويل "المدونة[1]"، فمنهم من تأَوَّلَهَا كقول مطرف، ومنهم من تَأَوَّلها كقول أشهب. ومُقْتَضَى كلام المصنف في هذا الوجه الثالث أنه لا يصدق؛ لكونه حكم باللزوم، إلا إذا كان كلامه جوابًا.

(ص): (**وَهِيَ وَاحِدَةٌ إلا أَنْ يَنْوِيَ بِهَا أَكْثَرَ**)

(**ش**): يعني أن قوله: أنتِ طالق ونحوه، صالح للواحدة وللاثنتين وللثلاثة، لكنه محمول على الواحدة إلا أن ينوي أكثر من اثنتين أو ثلاث. المتيطي ويحلف في قوله: أنتِ طالق، وقال أصبغ: هي الثلاث ولا يُنوى.

(ص): (**وَزَادَ أَبُو الْحَسَنِ خَمْسَةً فِي غَيْرِ الْحُكْمِ**)

(**ش**): أي: وزاد أبو الحسن بن القصَّار في صريح الطلاق خمسة ألفظ وهي: السراح، والفراق، والحرام، وَبَتَّة، وَبَتْلَة، وهي الخمسة المذكورة في أول الكنايات من كلام المصنف.

وقوله: (فِي غَيْرِ الْحُكْمِ)، يعني: إنَّما ألحق الخمسة في التسمية فقط لا في الحكم؛ لأن الحكم في الطلاق أنه تلزمه واحدة إلا أن ينوي أكثر، وهذه الثلاث كما سيأتي، وعلى هذا فهو خِلاف في الاصطلاح لا يترتب عليه حكم في الخارج. والله أعلم.

(ص): (**وَالْكِنَايَةُ قِسْمَانِ: ظَاهِرٌ وَمُحْتَمَلٌ؛ فَالظَّاهِرُ مَا هُوَ فِي العُرْفِ طَلَاقٌ مِثْلُ: سَرَّحْتُكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَأَنْتِ حَرَامٌ، وَبَتَّةٌ وَبَتْلَة، وَخَلِيَّةٌ، وَبرِيَّةٌ، وَبَائِنٌ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَكَالْمَيْتَةِ وَكَالدَّمِ، وَكَلَحْمِ الْخِنْزِير، وَوَهَبْتُكِ، وَرَدَدْتُكِ إِلى أَهْلِكِ، وَهِيَ كالصَّرِيحِ فِي أَنَّهُ لا يُقْبَلُ دَعوَاهُ فِي غَيْرِ الطَّلَاقِ...**)

يعني: أن الكناية تنقسم أيضًا إلى قسمين: (ظَاهِرٌ ومُحْتَمَلٌ) وذكر أن الظاهر ما يعد في العرف طلاقًا وذكر أربعة عشرة لفظًا وبعضها أبين من بعض في التحريم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٥٩.

وقوله: (كالصّريحِ.... إلى آخره) ظاهر التصور، وقد ذكر في "المدونة[١]" أكثر الصيغ التي ذكرها المصنف، إلا أنه لم يجمعها كما فعل المصنف بل ذكرها مفرقة، وظاهر "المدونة" يدل على أن بعضها مُخَالِف للبعض الآخر في بعض الأحكام، لكن حملَ المصنفَ على ذكرها جملة الاختصارُ ففيها: إن قال: أَنْتِ حرام، فهي ثلاث في المدخول بها ولا يُنوى، وله نيته في التي لم يدخل بها.

وفيها: إن قال: بنت منك أو بنت مني، أو أنت خلية، وقال: لم أرد بذلك طلاقًا، فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه يدل على أنه لم يرد به طلاقًا صُدِّقَ، وإلا فقد بانت منه إذا كان كلامًا مبتدأ.

وفيها: وإن قال لها: أنتِ عليَّ كالميتة، أو كالدم، أو كلحم الخنزير، فهي ثلاث وإن لم ينو به الطلاق.

وفيها: وإن قال: حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، فهي ثلاث ولا يُنوى.

اللخمي: ومُقْتَضَى قوله في: (حَبْلُك عَلَى غاربك) في ما دون الثلاث في غير المدخول بها ويحلف.

ونصَّ في "المدونة[٢]" على أنه إذا قال: وهبتك أو رددتك إلى أهلك، أن ذلك ثلاث في المدخول بها ويُنوى في غيرها، وإذا قلنا: إنه يُنَوى في (وهبتك) في غير المدخول بها، ففي "كتاب التفسير " ليحيى أنه يحلف، وفي "العتبية": هي واحدة، ولم يذكر يمينًا وليس في "المدونة" التصريح بحكم سرحتك - عن الإمام، لكن نص عبد الوهاب، وصاحب " الكافي "على أن سرحتك كهذه الألفاظ، ونص في "الموازية" على أنه يقبل قوله في نفي الطلاق إذا قال: سرَّحْتُكِ.

ابن المواز: ويحلف إلا أن يكون ذلك جوابًا لسؤالها الطلاق، وكذلك قال في فارقتك وخليتك.

وقال أَشْهَبُ: إن (سرَّحْتُكِ) محمول على الواحدة إلا أن ينوي أكثر.

وفي عَدِّ المصنف (فَارَقْتُكِ) مع هذه الكنايات نظر سيأتي التنبيه عليه.

فرع:

روى ابن القاسم عن مالك فيما إذا قال لأهلها: شأنكم بها، وقال: نويت الطلاق،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٦٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٦١.

أنها واحدة إلا أن يريد أكثر من ذلك في غير المدخول بها، وأَمَّا المدخول بها فإنها ثلاث ولا نية، كما لو قال: وهبتكم إِيَّاهَا.

(ص): (**وَالْمُحْتَمَلَةُ: مِثْلُ اذْهَبِي، وانْصَرِفِي، واغْرُبِي، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، ومُعْتَقَةٌ، والْحَقِي بِأَهْلِكِ، أَوْ لَسْتِ لِي بِامْرَأَةٍ، أَوْ لا نِكَاح بَيْنِي وَبَيْنَكِ، فَيُقْبَلُ دَعْوَاه فِي نَفْيِهِ وعَدَدِهِ**)

(**ش**): أي: والكناية المحتملة، ومعنى: (**فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي نَفْيِهِ**)، أي: إذا ادَّعى أنه لم يرد الطلاق قُبِلَ منه.

ابن القاسم في "الواضحة": ويحلف في ذلك كله، وكذلك نص في "المدونة[1]" على الحلف في أنتِ سائبة أو عتيقة، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام.

وقوله: (فِي عَدَدِهِ)، يعني: وإن قال: أردت الطلاق وقصدت واحدة أو أكثر قُبِلَ ذلك منه.

أصبغ: فَإِنْ نَوىَ به الطلاق ولم ينو عددًا فهي البتة مَدْخُولا بها أم لا، وما ذكره المصنف في (أَنْتِ حُرَّة) هو مذهب "المدونة"، وقال ابن الماجشون: إن قال لامرأته: أنت مني حرة، أو قال لأمته: أنت مني طالق وأنت طالق لوجه الله، فأمته حرة وامرأته طالق، ولا أسأله عن نيته.

وما ذكره في: (الْحَقِي بأَهلِكِ). نحوه في ابن بشير، وفي "الموازية" عن مالك في القائل: الحقي بأهلك، فليس لك عندي سعة فإلى أهلك **لا** إليَّ. فليس بالطلاق البَيِّن ويحلف ما أراد طلاقًا، ولكن أردت أن تذهب إليهم لتعيش، وقريب من هذا عنه في "العتبية" و"الموازية" إذا قال لامرأته: انْتَقلي إلى أهلكِ، أو قال لأمها: انقلي إليك ابنتك.

وقوله: (أَوْ لستِ لي بامرأةٍ، أو لا نِكَاح بيني وبينكِ): نحوه في "المدونة[2]"؛ ففيها: وإنْ قال لها: لستِ لي بامرأة. أو ما أنت لي بامرأة. أو لم أتزوجك. أو قال له رجل: ألك امرأة؟ فقال: **لا**. فلا شيء عليه؛ إلا أن ينوي به الطلاق، وإن قال لها: **لا** نكاح بيني وبينك. أو لا ملك لي عليك. أو لا سبيل لي عليك. فلا شيء عليه، إن كان الكلام عتابًا؛ إلا أن ينوي بقوله هذا الطلاق[3].

عياض: وظاهر قوله: عتابًا ولم ينوِ شيئًا أنه طلاق، مثل قوله ذلك لعبده في كتاب العتق، ونحوه للَّخمي.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٦٢. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٨٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١٦١/١.

تنبيه:

ما ذكرناه في: (لستِ لي بامرأة) خاص بما إذا لم يكن معلقًا، وأما المعلق كقوله: إن دخلت الدار فلست لي بامرأة، فالصحيح أنه يلزمه به الطلاق؛ لأنه يصح حمل كلامه عند عدم التعليق على الكذب لظهور ذلك فيه، ولا يصح ذلك مع التعليق، وبذلك أفتى ابن أبي زيد، وتوقف فيها أبو بكر النعالي سنة، ولم يجب بشيء، ولا يفرق فيها هكذا في: لا عصمة لي عليك. بين المعلق وغيره كما ظنه ابن بشير، فقد قال سحنون في "كتاب ابنه " في من اشترت من زوجها عصمته، ورضي بذلك: إنها ثلاث؛ لأنها ملكت جميع ما كان يملك من عصمتها. وقال ابن القرطبي، والأبياني في القائل لامرأته: لا عصمة لي عليك: إنها الثلاث، إلا أن يكون معها فداء فتكون واحدة حتى يريد ثلاثًا.

أبو محمد: وذلك صواب، واستدل بما في العتق الأول من "المدونة[1]": إذا قال لعبده ابتداء: لا سبيل لي عليك. أو لا ملك لي عليك؛ عتق عليه، وإن علم أن هذا الكلام جواب لما كان قبله صُدِّقَ في أنه لم يُرِدْ عِتْقًا، ولم يلزمه عتق.

(ص): (**وقد اختَلَفَ المَذْهبُ في الكِنايةِ الظَّاهِرةِ، فَجَاءَ: ثلاثٌ فِيهِما وَلا يُنَوَّى، وجاء: ويُنَوَّى، وجاءَ: ويُنَوَّى في غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا، وهُوَ المشهورُ، وجَاءَ: واحدةٌ بائنةٌ فِيهِما، وجاء: رَجْعِيَّةٌ في المَدْخُولِ بِها، وجَاءَ: ثلاثٌ في المَدْخُولِ بِها، وواحدةٌ في الأخْرَى**)

(**ش**): لما أراد المصنف أن يذكر وجه الأقوال أفردها، وإلا فهي راجعة إلى ثلاثة أقوال:

الأول: أنها الثلاث، واختلف على هذا القول: هل هي الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا يُنوَّى، أو الثلاث ويُنوَّى فيهما، أو يُنوَّى في غير المدخول بها فقط؟

والثاني: أنها طلقة، واختلف عليه: فقيل: بائنة. وقيل: رجعية.

والثالث: أنها ثلاث في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها.

وقوله: (فيهما). أي في المدخول بها وغيرها، وفي بعض النسخ: (فيها) فيعود الضمير على الكنايات الظاهرة. ثم أخذ المصنف يوجه الأقوال: الأول، فالأول، فقال:

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٨٥.

(ص): (**فالأول: رَأَى دِلالَتَها على الثَّلاثِ نَصًّا عُرْفِيًّا**)

(ش): أي: القائل: إنها (الثلاث فيهما ولا يُنَوَّى) رأى هذه الكنايات نصًّا من حيث العرف على الثلاث.

(ص): (**والثاني: رآها ظاهرًا**)

(ش): أي: (رآها) تدل على الثلاث (ظاهرًا)؛ فلذلك تدل عليها عند عدم النية، ثم إنما يُنوَّى على هذا القول إذا لم تكن عليه بينة على ما تقدم في الأيمان إذا خالف ظاهر اللفظ النية.

(ص): (**والثالثُ: رآها للعَدَدِ ظاهرًا، وللبَيْنُونَةِ احْتِمالا**)

(ش): هكذا وقع في كثير من النسخ، وإنما كان نصًّا كما في بعض النسخ، يعني فلما كانت نصًّا في البينونة لزم ألا يُنوَّى في الدخول بها لأنها تبين منه بعد الثلاث، ولما كانت للعدد ظاهرًا لزم أن ينوى في المدخول بها لكونها تبين بالواحدة.

(ص): (**والرابعُ: رَآها لِلْبَيْنُونَةِ خَاصَّةً، ورَأَى البَيْنُونَةَ بِوَاحِدَةٍ**)

(ش): تصوره ظاهر، وهو ينبني على صحة الطلاق البائن من غير عوض.

(ص): (**والخامسُ: رآها لِمُجَرَّدِ الطلاقِ ظاهرًا**)

(ش): أي: فتكون رجعية في المدخول بها.

(ص): (**والسادسُ: رآها لِلْبَيْنُونَةِ**)

(ش): أي: ورأى أن البينونة لا تقع في المدخول بها؛ إلا بخُلع، أو الثلاث في المدخول بها، ولا عوض، فتعينت الثلاث.

(ص): (**وكُلُّها غيرُ الأولى جاءتْ في: الحَلالُ عَلَيَّ حَرامٌ، وجَاءَ الأَوَّلُ وغيرُهُ في غيرِهِ مُفَرَّقًا**)

(ش): أي: وكل هذه الأقوال الستة؛ إلا القول الأول، جاءت في قول القائل: (الحلالُ عليَّ حرامٌ). (وجاء) القول (الأولُ وغيرُه) في غير: الحلالُ عليَّ حرام (مُفَرَّقًا).

وأشار إلى أن جميع هذه الأقوال لم تأت في صيغة واحدة، وإنما جاء منها في البعض ما لم يأت في البعض، وبالعكس، فيتخرج من كل واحدة ما جاء في الأخرى، ولا يقال: إن قول المصنف: غير الأول. ليس بصحيح؛ لما قاله ابن الماجشون في "المبسوط " في من قال لزوجته: أنت حرام. يلزمه الثلاث قبل الدخول، وبعده، ولا يُنوَّى. لأن المصنف لم يقل: وكلها جاءت غير الأول في: أنت حرام. وإنما قال:

جاءت في: الحلال عليَّ حرام. نعم نقل المازري الستة في: الحلال عليَّ حرام.

تنبيهان:

الأول: ما ذكره المصنف أنه المشهور من أنه يُنوَّى في الكنايات كلها في غير المدخول بها بخلاف "المدونة"[١] و"الرسالة"، فإن فيهما: أنه لا يُنوَّى في البتة مطلقًا مدخولا بها أم لا، وإنما يُنوَّى فيما عداها من الكنايات.

وقد صرح ابن بشير: أن المشهور في البتة: أنه لا يُنوَّى في غير المدخول بها، لكن صرح ابن غلاب بتشهير ما شَهَّرَهُ المُصنِّف.

الثاني: لا شكَّ أنَّ هذه الألفاظ بعضها أقوى من بعض في التحريم، فتخرج الثلاث أو البينونة من اللفظ الضعيف إلى القوي جيد دون العكس، فينبغي أن تتأمل الأقوال المنصوصة في كل واحد من تلك الألفاظ، وينظر ما يصح تخريجه منها، وما لا يصح، وهذا يحتاج إلى بسط نبهناك على أوائله.

(ص): (**وقيلَ: يُنَوَّى في غَيرِ المَدْخُولِ بِها باتِّفَاقٍ؛ إلا أَلْبَتَّةَ**)

(ش): هذه طريقة لبعض الشيوخ، وفيها بعد، لأن اللَّخْمِيَّ[٢]، والمازري، وغيرهما حكوا خلافها.

وقوله: (إلا ألبتةَ)، يحتمل أن يكون استثناء من قوله: (باتِّفاقٍ)، فتكون البتة مختلفًا فيها: هل يُنوَّى قائلها قبل الدخول أم لا؟

ويحتمل أن يكون من قوله: (يُنوَّى)، فتكون البتة محتملة للاتفاق والاختلاف.

ابن عبد السلام: والاحتمال الأول أولى؛ لأن قول مالك اختلف هل يُنوَّى المتكلم بها قبل الدخول، أم لا؟

فرعان:

الأول: الباجي[٣]: إذا قلنا يُنوَّى قبل البناء؛ فإنه يحلف ما أراد إلا واحدة. قاله مالك في البتة، والبائنة، والخلية، والبرية.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٨٦.

(٢) هو أبو الحسن، علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي، قيرواني الأصل، كان إماما حافظا، ألف كتاب التبصرة، وتوفي سنة ٤٧٨هـ. انظر: الديباج، ٢٩٨هـ.

(٣) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد الباجي، الأندلسي، كان فقيها محدثا، صنف المنتقى في شرح الموطأ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ١١/ ٢٧١.

سحنون، وابن الماجشون: وإنما يحلف إذا أراد نكاحها وليس عليه يمين قبل ذلك؛ لأنه قد لا يرتجعها.

الثاني: إذا نويناه قبل البناء، فلو حلف قبل البناء، وحنث بعده، ففي "كتاب ابن سحنون"، عن أبيه في من حلف بالحلال عليه حرام، قبل البناء، فحنث بعده، ونوى واحدة، وقامت عليه البينة بالحنث بعده: لا يُنوَّى، ولأنه يوم الحنث ممن لا يُنوَّى.

الباجي: ووجه ذلك أن اليمين إنما تنعقد، ويقع الطلاق بها يوم الحنث، فيجب أن يراعى.

ابن سحنون: وقال بعض أصحابنا: إلا أن يعلم ذلك منه البينة قبل البناء، فلا يلزمه إلا طلقة، وله الرجعة. وقال سحنون: إذا حلف قبل البناء بالحرام، أو الخلية، أو البرية، ثم حنث بعد البناء، وقال: نويت واحدة. فله ذلك، وله الرجعة. وانظر هل ما نقله ابن سحنون تقييد للقول الأول، أم لا؟

(ص): (**وأَمَّا: وَجْهِي مِنْ وَجْهِكِ حَرَامٌ**، و: ما **أَعِيشُ فيه حَرَامٌ؛ فقِيلَ ظاهِرٌ**، **وقِيلَ: مُحْتَمِلٌ**....)

(**ش**): لو قال: ظاهرة ومحتملة، لكان أبين.

ابن عبد السلام: فعلى أنهما من الكنايات الظاهرة تأتي الستة الأقوال، وعلى أنهما من المحتملة فيقبل قوله في نفيه وعدده؛ وفيه نظر، ولم أر القولين في كتب الأصحاب، هكذا والذي في "اللخمي"، وغيره: أنه اختلف إذا قال: وجهي من وجهك حرام: فقال ابن القاسم في "العتبية": تحرم عليه زوجته. وقال محمد بن عبد الحكم: لا شيء عليه. وذهب في ذلك إلى ما اعتاده بعض الناس في قول: عيني من عينك حرام، ووجهي من وجهك حرام. يريدون بذلك البغض والمباعدة، قيل: وأما لو قال: وجهي على وجهك حرام؛ فهو طلاق، ونص اللخمي على عدم اللزوم. ولو قال: وجهي على وجهك حرام، وأما ما أعيش فيه حرام، ولا نية له: فقال محمد: لا شيء عليه. قال في تهذيب الطالب: وأعرف فيه قولا آخر: إن زوجته تحرم عليه، ورأيت في بعض التعاليق على الشيخ أبي عمران: أنه سئل عن القائل: كل ما يعيش فيه حرام. فقيل له: قد صار هذا عند الناس طلاقًا في عادتهم ويقصدون به تحريم الزوجة؟ فقال: إذا صار ذلك عادة لزم الطلاق. فالقولان منصوصان في كل من الفرعين اللذين ذكرهما المصنف.

فرع:

إذا قال لزوجته: يا حرام. فقال محمد بن عبد الحكم: لا شيء عليه.

أبو عمران: وليس لغيره فيها نص.

ابن يونس: وكذلك إذا كان ببلد لا يريدون به الطلاق، وهو كقوله: أنت سحت، أو حرام. وكذلك نص أصبغ على عدم اللزوم إذا قال: حرام علي. ولم يقل لزوجته: أنت. ولم يقصدها، وكذلك نص اللخمي، وابن العربي على عدم اللزوم إذا قال: الحلال حرام. ولم يقل: عليَّ. زاد ابن العربي: إذا قال: حرام. فقط، أو: حرام عليَّ. لعدم ذكر الزوجة، وكذلك أفتى أبو عمران، وأبو بكر بن عبد الرحمن بعدم اللزوم لمن قال: جميع ما ملكت حرام.

أبو بكر المذكور: إلا أن يُدْخل الزوجة.

ابن العربي: ويلزمه إذا قال: ما أنقلب إليه حرام. ما يلزمه في قوله: الحلال عليّ حرام. وهو الطلاق، إلا أن يحاشيها. وقال اللخمي، وزاد: إلا أن يقول: ما أنقلب إليه من أهلي حرام.

ابن عبد السلام: فإنه لا يصدق حين إذ في المحاشاة، وذكر ابن عبد السلام، عن بعضهم: أنه يختلف إذا قال: ما أنقلب إليه حرام، وما أنقلب إليه من أهلي ومالي حرام. قيل: يُنوّى. وقيل: لا يُنوَّى إذا نصّ الأهل. قال: ويختلف أن يحلف أم لا؟

فرع:

واختلف إذا قال: ما أنقلب إليه حرام إن كنت لي بامرأة، أو إن لم أضربك. فقال ابن القاسم: لا يحنث في زوجته؛ لأنه أخرجها من يمينه حين أوقع يمينه عليها. قال: وكذلك إذا قال: إن لم أبعك اليوم فرقيقي أحرار. فإنه يحنث في رقيقه، ولا يحنث فيه.

وقال أصبغ: لا يحنث في الزوجة والعبد، ولو أضاف التحريم إلى جزء من أجزائها، فحكمه كالطلاق يلزمه في اليد والرجل، ويختلف في الشعر والكلام، ولا يلزمه في البزاق والسعال.

(ص): **(وفيها: خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ، وفَارَقْتُكِ - ثلاثًا بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ)**

(ش): كأنه أتى بهذه المسألة استشهادًا للقول بإلزام الثلاث في الكنايات الظاهرة

مطلقًا، وليس ما ذكره المصنف عن "المدونة[١] " فيها، وإنما فيها: وإن قال لها: قد خليت سبيلك وقد بنى بها، أو لم يبن، فله نيته في واحدة فأكثر، فإن لم تكن له نية فهي ثلاث.

ابن وهب، عن مالك: وقوله: وقد خليت سبيلك. كقوله: قد فارقتك.

فأنت تراه كيف نوَّاه في: خليت سبيلك. مطلقًا، ولم يعط جوابًا في: فارقتك. وشبهها، في رواية ابن وهب لفارقتك. وذكر أن معناه: وفارقتك واحدة.

ابن المواز[٢]: رُوي عن مالك في: خليت سبيلك. وفي: فارقتك. أنها واحدة حتى ينوي أكثر؛ بنى أو لم يبن، وهذا أصح قوله. قاله ابن القاسم، وأَشْهَب.

أبو محمد: وقاله ابن عبد الحكم، وأشهب[٣] في: خليت سبيلك: إنها ثلاث، ولا أُنوِّيه؛ إلا أن تكون غير مدخول بها. وهذا يقتضي أن المذهب في: فارقتك: أنها الواحدة؛ إلا أن ينوي أكثر، خلاف ما تقدم للمصنف في عده: فارقتك. من الكنايات الظاهرة.

وفي "الجلاب": وقد اختلف قول مالك في: فارقتك؛ هل هو من صريح الطلاق، أو من كناياته؟ فإن جعلناه صريحًا فهو كقوله: أنت طالق، وإن جعلناه كناية، لزم به الطلاق، ورجع إلى نيته في عدة المدخول بها. وفي "اللخمي": واختلف في: فارقتك: فحمله مالك مرة في "الموازية" على الثلاث، قبل، وبعد؛ إلا أن ينوي واحدة، وقال أيضًا: إن لم يدخل بها فهي واحدة؛ إلا أن ينوي أكثر، وبعد الدخول ثلاث؛ إلا أن ينوي واحدة، وقال أيضًا: هي واحدة وإن دخل؛ إلا أن ينوي أكثر.

والقول بأنها واحدة دخل أم لا أحسن؛ لأن الفراق واحد؛ فرجح أيضا القول بالواحدة، لكن قال في "البيان": المعلوم من قول مالك في: فارقتك: أنها ثلاث في

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٨٦.

(٢) هو الإمام، العلامة، فقيه الديار المصرية، أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندراني المالكي، ابن المواز، صاحب التصانيف. أخذ المذهب عن: عبد الله بن عبد الحكم، وعبد الملك بن الماجشون، وأصبغ بن الفرج، ويحيى بن بكير. وقيل: إنه لحق أشهب، وأخذ عنه، ولم يصح هذا.
انتهت إليه رئاسة المذهب، والمعرفة بدقيقه وجليله. وله مصنف حافل في الفقه، رواه عنه علي بن عبد الله بن أبي مطر، وابن مبشر. توفي سنة ٢٨١هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ١٣/٦.

(٣) هو أبو عمرو، أشهب بن عبد العزيز بن داود العامري المصري، اسمه مسكين، وأشهب لقبه، فقيه مصري روى عن مالك والليث والفضيل بن عياض. ولد سنة ١٤٠هـ، وتوفي سنة ٢٠٤. انظر: الديباج ص ١٦٢.

المدخول بها إذا لم تكن له نية، واختلف في التي لم يدخل بها، فقيل: ثلاث إلا أن ينوي واحدة. وقيل: واحدة إلا أن ينوي ثلاثا.

ابن بشير: ولا خلاف أنه ينوى في غير المدخول في: خليت سبيلك. وإنما الخلاف في المدخول بها.

اللخمي: وفي خليت سبيلك. ثلاثة أقوال: أحدها: أنه ثلاث في المدخول بها وغيرها؛ إلا أن يقول: أردت فيهما واحدة. وإن قال: لم أرد طلاقا. فهو أشد، وهي البتة.

وقال محمد: في قوله: خليت سبيلك. وسرحتك: ذلك سواء، وهي واحدة؛ إلا أن يقول فيهما: لم أرد طلاقا. فيكون ذلك في: سرحتك. إذا حلف، ولا يقبل قوله في: خليت سبيلك: أنه لم يُرِدْ طلاقًا.

وقال ابن حبيب في: خليت سبيلك، وخلية، وسرحتك، وفارقتك: سواء، وهي الثلاث في المدخول بها حتى ينوي أقل فيحلف، وإن لم يدخل فهي واحدة؛ إلا أن ينوي أكثر.

واعلم أنهم فرقوا بين قوله: خلية، وخليت سبيلك، وخليتك: فخلية من الكنايات الظاهرة كما تقدم، وفي: خليت سبيلك. ما ذكرناه، وأما خليتك: فنص ابن المواز على قبول قوله فيها: أنه لم يرد طلاقًا، بخلاف: خليت سبيلك؛ لأن استعمال هذه اللفظة في غير الطلاق أكثر من: خليت سبيلك.

(ص): (**الثالثُ: مِثلُ اسْقِنِي المَاءَ - فإنْ قَصَدَ به الطلاقَ وَقَعَ على المشهورِ، وفيها: كُلُّ كَلامٍ يَنْوِي به الطلاقَ فَهي به طالقٌ....**)

(**ش**): أي: الثالث من الأقسام الثلاثة السابقة، وهو غير الصريح والكنايات، والمشهور مذهب مالك، وابن القاسم، ومقابله لأشهب قال: إلا أن يريد: أنت طالق إذا قلت ذلك.

قوله: (وفيها: كُلُّ) استشهاد للمشهور، ونصها: قيل: فإن قال لها: حياك الله. يريد بذلك: التمليك. أو: لا مرحبًا. يريد بذلك الإيلاء، أو الظهار، قال مالك: كل كلام ينوي به الطلاق فهي به طالق، فكذلك هذا.

ونص فيها على: أنه إذا قال: اخرجي، أو تقنعي، أو خزاك الله، أو كلي واشربي. ونوى بها الطلاق: فإنه يلزمه الطلاق، وكذلك يلزمه العتق إذا نواه بمثل هذه الألفاظ.

وقال القابسي في قوله في "المدونة[١]": لا مرحبا بك، يريد بذلك: الإيلاء: هذا إذا قال: واللهِ، لا مَرْحَبًا، وقَصَدَ بِقَوْلِهِ: لا مرحبًا، ولا وطئتك، وأما إن لم يذكر الله تعالى بلسانه فليس بيمين، فيحتمل أن يكون ذلك مبنيًّا على قول أَشْهَب، ويحتمل أن يكون قال ذلك في الإيلاء وحده؛ لأنه يمين، وغالب أيمان الناس إنما هي بأسماء الله تعالى، ومثل هذا اللفظ لا يصلح أن يقع موقع اسم الله تعالى، بخلاف الطلاق والظهار، قال في "النكت": لأنه لا تكون: لا مرحبًا. عبارة عن اسم الله تعالى، فأما إن قصد بلفظه: لا مرحبًا. مجردة على رقبة، ولا وطئتك، أو نحو هذا، فيلزمه ذلك. انتهى.

لكن ظاهر قول القابسي: أنه شرط النطق باليمين، ولم يكتف بالنية، وذلك مذهب أشهب، ونقل ابن راشد خلافا بين المتأخرين في مسألة المصنف: هل ذلك طلاق بالنية، أو باللفظ والنية؟

الباجي: ومذهب ابن القاسم يقتضي أنه إنما وقع عليه الطلاق بالنية واللفظ، واستدل على ذلك بما رواه ابن القاسم، عن مالك فيمن أراد أن يقول: أنت طالق. فقال: كلي واشربي. أنه لا يلزمه شيء. انتهى.

(ص): (**وفِيها: إنْ قَصَدَ التَّلَفُّظَ بالطلاقِ فَلَفَظَ بهذا غَلَطًا فلا شيءَ عليْه حتَّى يَنْوِيَ أنَّها بما تَلَفَّظَ به: طَالِقٌ، وكذلكَ لوْ قالَ: يا أُمِّي، أوْ: يا أُخْتِي، وشِبْهَهُ**)

(ش): تصوره ظاهر. ابن محرز، وعبد الحميد: واختلف المذاكرون في هذه؛ فرأى بعضهم أن عدم اللزوم هنا مبني على أن الطلاق بالنية لا يلزم، وعلى القول باللزوم بالنية: يلزم هنا، وأبى بعضهم ذلك؛ لأنه لم يعقد أن يطلق بمجرد النية، وإنما عقد أن يطلق بالنية واللفظ.

عبد الحميد: وهذا الأخير أظهر. ولم يأت في "المدونة[٢] " بقوله: يا أمي، ويا أختي، على ما أورده المصنف، ونصها: وإن قال لها: يا أمي، أو يا أختي، أو يا عمتي، أو يا خالتي. فلا شيء عليه، وذلك من كلام أهل السَّفَه.

(ص): (**والإشارةُ المُفْهِمَةُ: مِنَ الأخْرَسِ كَالصَّرِيحِ - كَبَيْعِهِ، وشِرَائِهِ، ونِكَاحِهِ، وقَذْفِهِ - ومِنَ القَادِرِ كالكِنايةِ....**)

(ش): نحوه في "الجواهر"، وقوله: (ومِن القادرِ كالكِنايةِ)؛ أي: فإن كانت لا تحمل

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٨٧. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٨٨.

غير الطلاق حملت عليه، كما إذا قال: أنت طالق. وأشار بأصابعه الثلاثة.

ابن عبد السلام: والتفرقة بين الأخرس وغيره ليست بظاهرة؛ لأن الفعل لا يدل بذاته، كما تقرر في أصول الفقه، وعلى هذا: فينظر إلى القرائن التي انضمت إلى الإشارة، فإن انقطع من عاين تلك الإشارة أنه فهم منها الطلاق كانت كالصريح في الأخرس وغيره، وإلا فكناية فيهما. والله أعلم.

(ص): (**وإذا كَتَبَ بالطلاقِ عَازِمًا عَلَيْهِ وَقَعَ نَاجِزًا**)

(ش): نحوه في "المدونة[1]".

ابن راشد، وابن عبد السلام: ولا خلافَ في ذلك؛ لأنه وجدت النية، والكتابة كالنُّطق، وسواء أخرج الكتاب أم لا، وأقاموا من هذه المسألة: أن من أتى إلى الموثق مع زوجته، وقال: اكتب لهذه طلقة. فقال له الموثق: لا تفعل. فإن قال ذلك مجمعًا على الطلاق لزمه، ولا ينفعه قول الموثق: لا تفعل. ولم يفعل.

وكذلك إذا قال للشاهد: اكتب لهذه ثلاث تطليقات. فقال: لا تفعل، اجعلها واحدة. فإن كان مجمعًا لزمته الثلاث، وكل ذلك يقع بنفس الكتابة.

(ص): (**وغَيْرَ عَازِمٍ، بَلْ لِيُشَاوِرَ أَوْ يَنْظُرَ - فإِنْ أَخْرَجَهُ مِنْ يَدِهِ، ولَمْ يَصِلْ، فَرَدَّهُ، لَمْ يَقَعْ عَلَى المَشْهُورِ بِنَاءً على أَنَّ وُصولَهُ كالنُّطْقِ، أَوْ إِخْرَاجِهِ**)

(**ش**): يعني: إذا كتب لزوجته بالطلاق غير عازم، بل ليشاور فله ثلاثة أحوال:

الأول: ألا يخرجه فلا يلزمه شيء، قال في "الموازية"، وغيرها: ويحلف أنه ما أراد به إنفاذ الطلاق، ويُدَيَّنُ.

الثانية: أن يصل إليها فيلزمه الطلاق من غير إشكال.

الثالثة: أن يخرجه من يده، ويرده قبل أن يصل: المشهور، وهو مذهب "المدونة[2]": أنه لا يلزمه شيء.

و" الموازية"، و"العتبية": يلزمه. وقال أشهب، وأصبغ: قال في "الموازية": وسواء كان في الكتاب: أنت طالق، أو إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق. ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف، ويمكن أن يقال: بناء على أن إخراجه قرينة في التزام الطلاق أم لا.

فرع:

فإن لم تكن له نية ففي "البيان": هو محمول على العزم. وقال اللخمي: هو

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٨٨.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٨٩.

محمول على عدمه. وذكر فيه القولين السابقين، واختلف في صفة الكتاب إذا أحب الطلاق على ثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: إذا كانت من ذوات الأقراء، فيكتب: إذا جاءك كتابي وأنت طاهر فأنت طالق. ولا يزيد على ذلك، فإن كانت طاهرًا وقعت طلقة، وإلا بقيت زوجة. قال: وإن كانت حاملا كتب: إن كنت حاملا أو طاهرًا بعد أن وضعت فأنت طالق. ولا يزيد على ذلك.

وأجاز أشهب أن يكتب: إن كنت حائضًا فأنت طالق إذا طهرت. بناء على أصله: أن من علق الطلاق على الحيض، أو الطهر لا ينتجز.

وقال ابن المعدل: يكتب بإيقاع الطلاق يوم كتب الكتاب، ولا يكتب إذا طهرت.

وأشار اللخمي، وغيره إلى منشأ الخلاف إن قلنا: إن منع طلاق الحائض غير معلل، فيكتب كما قال ابن القاسم. وإن قلنا: معلل بالتطويل، فيجوز أن يوقع عليها الطلاق الآن إذ قد لا يصل الكتاب إلا بعد انقضاء عدتها.

(ص): (**بِخِلافِ قولِهِ لِلرَّسُولِ يُبَلِّغُهَا فَإِنَّها تُطَلَّقُ نَاجِزًا وَإِنْ لَمْ يُبَلِّغْهَا**)

(**ش**): ابن راشد: لا خلاف في ذلك. ابن عبد السلام: ثم إن كان الزوج تقدم له الطلاق، وكانَ كلامُه للرسُول إخبارًا عن ذلك، فلا إشكال. وإن كان إنما تكلم الآن بهذا الكلام مع الرسول، فانظر: هل هو طلاق بالنية فقط، أو بالنية واللفظ؟ كقوله: اسقني الماء. وهو الظاهر. والله أعلم.

(ص): (**وإذا باعَها أَوْ زَوَّجَها - فَثَالِثُها: إِنْ كانَ جَادًّا فَظَاهِرٌ؛ وإلا فَمُحْتَمَلٌ**)

(**ش**): يعني إذا باع زوجته، أو زوَّجها فقيل: ذلك من الكنايات الظاهرة سواء كان جادًّا، أو هازلا. وعلى هذا يختلف في اللازم بسبب ذلك. وقيل: من الكنايات الخفية، وعلى هذا فقيل قوله في نفيه وعدده.

وقيل: بالفرق بين الجاد والهازل، وهو ظاهر، ولم يذكر الأصحاب الأقوال هكذا. والذي ذكروه في البيْع أربعة أقوال:

الأول: لمالك، وابن القاسم، وابن نافع، وسحنون: إنها بائنة. زاد سحنون: إن غاب عليها المشتري، أو لم يغب.

ابن القاسم: فإن فعل ذلك لمسغبة، أو أقرت له بالرق فإنهما يعذران بالجوع، ولا تحد، وتكون طلقة بائنة.

وبلغني ذلك عن مالك، ويرجع عليه المشتري بالثمن.

الثاني: لابن وهب: إن يبيعه لها لا يكون طلاقا، فإن طاوعته، وأقرت أن المشتري أصابها طائعة فعليها الرجم.

الثالث: لأصبغ: إن باعها أو زوجها هازلا فليس بطلاق، وإن كان جادًّا في الوجهين فهو البتات.

الرابع: لابن عبد الحكم: إنه ببيعها قد حرمت عليه كالموهوبة. وبه قال أصبغ أيضًا.

عبد الحميد: وينبغي أن يحلف بالهزل في عدم اللزوم، على قول أصبغ، كما إذا أتى مستفتيًا، وقال: ليس عليه بينة. وقال: لم أراد الطلاق، ولا التحريم.

وصوب اللخميُّ قول ابن وهب، وقال: وهو قول مالك؛ لأن البيع إنما يتضمن التمكين منها، ولا خلاف أن من مكن من زوجته من غير بيع أنه ليس بطلاق، وقد يبيعها ويواطؤها على أن تهرب، أو يأمرها أن تثبت حريتها. وفي ما قاله نظر؛ لأن بيعها يتضمن التمليك المؤبد، ولا يكون ذلك إلا بالبينونة.

اللخمي، وغيره: وتتخرج هذه الأقوال في ما إذا زوَّجها. قال بعضهم: اختلف في من باع زوجته، أو زوَّجها، أو مثل بها، فقيل: ذلك الطلاق الثلاث. وقيل: وليست هذه الأقوال منصوصة في كل مسألة من هذه الثلاث، ولكن نص في بعضها ما لم ينص في البعض، ويتخرج من بعضها في بعض.

(ص): (**ولوْ أَوْقَعَ الطلاقَ بِقَلْبِهِ خَاصَّةً جَازِمًا - فَرِوَايَتَانِ**)

(ش): قال القرافي: مَنْ عَزَمَ على طلاقِ امْرَأَتِهِ، ثم بدا له، فلا يلزمه إجماعًا، وكذلك من اعتقد أنها مطلقة، ثم تبين له أنها غير مطلقة، لم يلزمه الطلاق إجماعًا.

والخلاف إنما هو إذا أنشأ الطلاق بقلبه بكلامه النفساني، والقول بعدم اللزوم لمالك في "الموازية"، وهو اختيار ابن عبد الحكم، وهو الذي ينصره أهل الخلاف من أهل المذهب.

القرافي: وهو المشهور، والقول باللزوم لمالك في "العتبية"؛ قال في "البيان"، و"المقدمات": وهو الصحيح.

وقال ابن راشد: هو الأشهر.

ابن عبد السلام: والأول أظهر؛ لأن الطلاق حلٌّ للعصمة المنعقدة بالنية والقول؛

فوجب أن يكون حلّها كذلك، وإنما يكتفي بالنية في التكاليف المتعلقة بالقلب لا في ما بين الآدميين.

(ص): **(ولِلْحُرِّ ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ على الحُرَّةِ والأمَةِ، ولِلْعَبْدِ تَطْلِيقَتَانِ فِيهِمَا)**

(ش): هذا مذهبنا: أن الطلاق معتبر بالرجال فقط، والعدة معتبرة بالنساء؛ لأن الله تعالى أضاف الطلاق للرجال، فوجب أن يعتبر بهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩]، إلى غير ذلك من الآي، وفي معنى العبد كل من فيه شائبة حرية.

(ص): **(ولوْ قالَ أَنْتِ طالِقٌ واحدةً ونَوَى الثَّلاثَ وَقَعَتْ)**

(ش): نحوه في "الجواهر"، ويحتمل قوله: (واحدةً)، على أنه أراد إيقاع الثلاث مرة واحدة، أو كلمة واحدة.

وفي "المدونة[(١)]": وإن قال لها: أنتِ طالق تطليقة، ونوى اثنتين، أو ثلاث، فهو ما نوى. وإن لم ينو شيئا فهي واحدة. وهذه المسألة أشد من مسألة المصنف؛ لأنه لا يبعد ذلك التقدير في قوله: تطليقة. وقد تردد بعضهم في ما زاد على الواحدة هل يلزم ذلك بالنية؟ أم النية واللفظ؟ فكان ك: اسقيني الماء.

(ص): **(وفِيها: لوْ أَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ بالثَّلاثِ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ. وَسَكَتَ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ إلا أَنْ يَنْوِيَ بِطَالِقٌ الثَّلاثَ....)**

(ش): تصوره واضح، وحكى ابن حارث في من قال: أنت طالق. ونيته أن يقول: البتة. فقيل له: اتق الله. فسكت عن البتة. عن "المدونة[(٢)]": أنه لا يلزمه إلا واحدة، وعن مالك من رواية ابن نافع: أنه تلزمه البتة بالنية.

(ص): **(ولوْ قالَ: أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ. أو أنتِ طالقٌ طالقٌ طالقٌ. فثلاثٌ ويُنَوَّى في التأكيدِ، وكذلكَ لوْ كَرَّرَ مُعَلَّقًا على مُتَّحِدٍ، بِخِلافِ اليَمِينِ باللهِ، والظِّهارِ....)**

(ش): إنما لزمه الثلاث إلا أن ينوي التأكيد، لأن الأصل التأسيس، ومثل بمثالين تنبيهًا على: أنه لا فرق بين أن يعيد المبتدأ وهو (أنتِ)، أم لا، ومثل قوله: (أنتِ طالقٌ طالقٌ طالقٌ) لو قال: اعتدي اعتدي اعتدي. قاله في "المدونة[(٣)]"، وروى مالك في تكرار

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٠.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٩٠.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٩١.

اعتدي: أن ذلك واحدة؛ إلا أن ينوي الثلاث. وكذلك قال ابن نافع في تكرار قوله: أنت طالق: أنه محمول على التأكيد حتى ينوي بالثانية طلقة أخرى، وقال في الواضحة في تكرار: أنت طالق. ثلاثا، ولا ينوي، وقوله: (وكذلكَ لو كَرَّرَ مُعلَّقًا على مُتَّحِدٍ)، مثاله: أن يقول مرتين، أو ثلاثا: أنت طالق إن كلمت فلانا. ويدخله الخلاف المتقدم.

وقوله: (بخِلافِ اليَمينِ باللهِ، والظِّهارِ)؛ أي: فإنه محمول على التأكيد ما لم ينو كفارات، وقد تقدم الفرق بين ذلك في (باب الأيمان)، قال في "المدونة[1]": ولو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن كلمت فلانا. فكلمته طلقت ثلاثًا؛ إلا أن ينوي واحدة ويريد بالبقية إسماعها. وذكر في "العتبية"، عن مالك في هذه: أنها تطلق ثلاثًا، ويحتمل تعليقه بالشرط ندمًا.

(ص): (**أمَّا لوْ كَرَّرَ مُعَلَّقًا علَى مُخْتَلِفٍ تَعَدَّدَ، ولا يُنَوَّى**)

(**ش**): كما لو قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق، وإن خرجت اليوم فأنت طالق، وإن لبثت الثوب الفلاني فأنت طالق. فلبست الثوب، وخرجت ذلك اليوم، وكلمت زيدًا. وإنما لم ينوّ هذا؛ لأنه مع الاختلاف، ولا يحتمل التأكيد.

(ص): (**إنْ كانتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، وكانَ مُتَتَابِعًا، فالمشهورُ: أنَّه كذلكَ؛ وَإلا فَوَاحِدَةٌ**)

(**ش**): أي: فإن كانت الزوجة غير مدخول بها، وكان كلامه متتابعا؛ فإن قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق. نسقًا، فالمشهور: أنه كذلك تلزمه الثلاث؛ إلا أن ينوي التأكيد، واحترز بمتتابع مما لو لم يتابعه فإنه لا تلزمه إلا واحدة بالاتفاق؛ لبينونتها بالأولى، فلا تجد الثانية لها محلا، وإليه أشار بقوله: (وإلا فواحدة).

ومقابل المشهور للقاضي إسماعيل، ومنشأ الخلاف هل الكلام بآخره؟ وكأنه قال: أنت طالق ثلاثا. أو بمجرد قوله: أنت طالق. قد بانت، فلا يمكن وقوع الثانية، بدليل أن له يتزوج خامسة، وأختها بإثر نطقه بالقاف من قوله: أنت طالق من غير مهلة، ومثل هذه المسألة: ما لو أتبع الخلع طلاقا، هل يلزمه أم لا؟

فرع:

واختلف إذا قال: أنت طالق ثلاثا، أنت طالق إن فعلت كذا. فقال مالك: يلزمه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٢.

بقوله الأول، والثاني ندم. وقال ابن القاسم: يحلف ما كان ذلك منه إلا تكرارا، ثم هو على يمينه. اللخمي: وهو أبين.

(ص): (وبالفَاءِ وثُمَّ ثلاثٌ - في المَدْخُولِ بها، وَلا يُنَوَّى -، وواحدةٌ في غَيْرِهَا، قالَ مالكٌ: وفي النَّسَقِ بالواوِ إشْكَالٌ، قالَ ابنُ القاسمِ: رأيت الأغلب عليه أنه مِثْل ثُمَّ، ولا يُنوّى، وهو رأيي....)

(ش): يعني: إذا كرر الطلاق (بالفاء) أو (ثم) فقال: أنت طالق فطالق. أو أنت طالق ثم طالق. فتلزمه ثلاث في المدخول بها، ولا يُنوّى في إرادة الواحدة، وهكذا قال في "المدونة[١]"، وقيل يُنوَّى في العطف بالفاء، أو ثم؛ ووجهه أن العطف قد سمع في التأكيد كقولك: واللهِ ثم واللهِ لأفعلن. ويلزمه طلقة واحدة في غير المدخول بها، وهكذا قال في "الجواهر". ولم أر نصًّا يوافقهما.

ووجه ما قالا: أن غير المدخول بها تبين بالواحدة، والعطف بثم، أو بالفاء يقتضي التراخي، وقد يعترض على ذلك بأن المهلة المستفادة منها إنما هي في غير الإنشاء، كقولنا في الإخبار: طلقت فلانة، ثم طلقتها. يخبر بذلك على أمر قد وقع، وأما إذا كان الكلام إنشاءً فلا؛ لاستلزام الإنشاء الحال على أن الفاء، وثم قد لا يأتيان للترتيب كما في الحديث: "تَوَضَّأَ؛ فَغَسَلَ وَجْهَهُ، وَيَدَيْهِ، وَمَسَحَ رَأْسَهُ، وَغَسَلَ رِجْلَيْهِ"[٢].

وكقول الشاعر: [المتقارب]

جرى في الأنابيب ثم اضطرب

وقوله: (قال مالك: وفي النسق بالواو إشكال.... إلى آخره). يعني أن مالكا رحمه الله قال: وفي العطف بالواو إشكال، هل ذلك كالفاء، وثم، فيلزمه الثلاث في المدخول بها، أو لا يُنوَّى لأن العطف يقتضي المغايرة، أو لا تلزمه إلا واحدة.

الفرق بين الفاء وثم، وبينها: أن الواو لمطلق الجمع، لا للترتيب، ولا للمعية. فكأن ذلك كغير العطف، هذا تقرير الإشكال، وهو يدل على سعة علم مالك بالعربية، وتبحّره فيها، ولا يقال: العطف يمنع التأكيد، ويوجب أن يكون ذلك كـ (ثم)، لأن القاضي إسماعيل حكى: أن الرجل من العرب يقول: أنت محسن، وأنت محسن. يريد:

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٢.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (١٨٢) وأخرجه مسلم، برقم (٢٧٥) كلاهما من حديث المغيرة بن شعبة الثقفي.

الإحسان الأول.

ولما كان هذا مرجوحًا كان الأغلب على مالك: أنها كـ (ثم)، فتلزمه الثلاث، ولا ينوى، وهو رأي ابن القاسم. وحكى ابن شعبان قولا: إنه يُنوَّي في النسق بالواو.

ورأى اللخميُّ: أنه يُنوَّى في العطف بالواو إذا جاء مستفتيًا، قال: وليس قُبْحُ عطْفِ الشيءِ على نفْسِه مما يوجب عليه طلاقًا لم ينوه.

وروي عن الحسن في من قال لامرأته: أنت طالق فاعتدِّي. فهي واحدة. وإن قال: أنت طالق واعتدي. فهي اثنتان. وقال ابن القاسم في "المجموعة": إذا قال: أنت طالق واعتدي. فهي طلقتان، ولا يُنوّى، وإن قال: أنت طالق اعتدي. أو: أنت طالق فاعتدي. لزمه اثنتان، إلا أن ينوي واحدة.

عبد الحق: والذي تقدم للحسن: إذا قال أنت طالق فاعتدي: أنها واحدة. أصوب. ونقل اللخمي، عن ابن عبد الحكم مثل قول الحسن؛ فقال: وقال ابن عبد الحكم: إذا قال: أنت طالق اعتدي. أو فاعتدي. ليس عليه إلا طلقةٌ بائنة.

اللخميُّ: وهو أبين؛ أي: من قول ابن القاسم.

(ص): (**وكذلكَ لوْ قالَهُ لأجْنَبيَّةٍ، وقالَ إنْ تَزَوَّجْتُكِ**)

(ش): يعني أن حكم الأجنبية في التعليق حكم الزوجة، فإذا قال: أنت طالق طالق طالق إن تزوجتك. لزمه الثلاث؛ إلا أن ينوي واحدة، وإذا عطف بالفاء، أو بـ (ثُم) لم يلزمه إلا واحدة.

(ص): (**أمَّا لوْ قالَ: أنتِ طالقٌ مَعَ طَلْقَتَيْنِ، وشِبْهِهِ وَقعَتِ الثَّلاثُ فيهِما**)

(ش): أي: في المدخول بها، وغيرها، (وشبهه)؛ أي: مما يدل على المعية، كقوله: مصحوبًا، أو مقرونًا بطلقتين. أو: أنت طالق فوق طلقتين. وإن قال: أنت طالق قبل طلقة. أو: بعد طلقة؛ طلقت اثنتين.

قال في "الجواهر": ولو قال: أنت طالقة مع طلقة، أو معها طلقة، أو تحت طلقة. وقعت طلقتان بعد الدخول كان ذلك أو قبله.

ولو قال: للمدخول بها: أنت طالق قبل طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها. طلقت طلقتين.

ابن عبد السلام: وقيد بعضهم مسائل القبلية والبعدية بالمدخول بها، ولا يظهر هذا التقييد بأن اجتماع الطلقتين والطلقات حصل في كل واحدة من الصور، إما بلفظ مع،

وهو ظاهر، وإما بلفظ قبل، أو بعد، وهو كحرف العطف، وقد سبق.

(ص): (**والتَّجْزِئَةُ تُكَمَّلُ، ويُؤَدَّبُ**)

(**ش**): يعني من جزَّأ الطلاق فقال: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة، أو غيرها من الأجزاء كملت عليه تلك الطلقة؛ لأن الطلقة لا تتبعض، كما كملناها للعبد، وجعلنا طلاقه اثنتين، وكما كملنا عدة الأمة وجعلناها حيضتين، ورأى بعض الأئمة خارج المذهب: أنه لا يكمل عليه الطلقة.

ابن القاسم، وغيره: ويوجع ضربًا، وهو معنى قوله: (ويؤدَّب)، قالوا: لأنه ليس على أحكام المسلمين. ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون لمخالفته سنة الطلاق، لأن الله عزَّ وجلَّ بيَّن عدد الطلاق، وزمانه، وقال بعد بيان زمانه: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١].

(ص): (**أَمَّا لوْ قالَ: نِصْفَيْ طلقةٍ، أو نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ. فواحدةٌ**)

(**ش**): لأنه إذا قال: نصفي طلقة. فقد أتى بمجموع أجزاء طلقة، فكان كمن قال: أنت طالق طلقة. وإذا قال: نصف طلقتين. احتمل أن يريد: طلقة واحدة؛ لأن نصف طلقتين: طلقة، وهو المتبادر إلى الفهم، واحتمل أن يريد نصف كل طلقة. وعلى هذا الاحتمال فكان يلزمه اثنتان؛ غير أنه مرجوح؛ فلذلك لم يعتبر.

(ص): (**وقالوا فِي نِصْفِ ورُبُعِ طَلْقَةٍ: طَلْقَةٌ، وفي نِصْفِ طَلْقَةٍ ورُبُعِ طَلْقَةٍ طَلْقَتَانِ**)

(**ش**): كأنهم رأوا في المثال الأول: أن الجزئين أو الأجزاء راجعان إلى ماهية واحدة؛ فتلزمه طلقة واحدة، ومثال آخر: لو قال: أنت طالق نصف وربع وثمن طلقة.

ورأوا في المثال الثاني: إذا أضاف كل جزء إلى طلقة لتعدد؛ لأن الاسم إذا كرر بلفظ التنكير كان محمولا على التعدد، بخلاف تكرير المعرفة، أو إعادة النكرة بلفظ المعرفة؛ فإن ذلك محمول على عدم التعدد. مثال تكرير النكرة والمعرفة قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا (٥) إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥ - ٦]، ولهذا قال عليه السلام: "لَنْ يَغْلِبَ عُسْرٌ يُسْرَيْنِ"[١].

ومثال إعادة النكرة بلفظ التعريف قوله تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولا (١٥) فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥ - ١٦]، ويلزم على هذا لو قال: أنت طالق

---

(١) أخرجه الحاكم: ٥٢٨/٢، مرسلا عن الحسن البصري. وذكره الفتني في الموضوعات.

نصف طلقة وربع الطلقة: أنه لا يلزمه إلا واحدة، وكأن المصنف استشكل الفرق بين المثالين؛ ألا ترى إلى قوله: (قالوا)؛ لأن النصف في المثال الأول مضاف في التقدير إلى مثل ما أضيف إليه الربع، كما في قول الشاعر:

بين ذراعي وجبهـة الأسد

والمنوي عند أئمة اللسان في حكم الملفوظ به، فلا فرق بين المثالين على هذا التقدير، وانظر لو ذكر في المثال الأول أجزاء تزيد على طلقة، هل تلزمه طلقتان؟ أو يكون ذلك قرينة في أن كل جزء يختص بطلقة كما لو قال: أنت طالق نصف وثلث وربع طلقة.

(ص): **(ولوْ قالَ: الطلاقُ كُلُّهُ؛ إلا نِصْفَ الطلاقِ. فثلاثٌ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ: إلا نِصْفَ كُلِّ طَلْقَةٍ)**

(ش): لأنه لما أكد الطلاق الأول بقوله: (كلُّه)، ولم يؤكد الطلاق الثاني، ولا أتى به بضمير كان ذلك قرينة تدل على أن المراد بالثاني غير الأول، والأول الطلاق المحمول على الثلاث، فيتعين أن يكون المراد بالثاني الطلاق المحمول على الواحدة، فيصير كأنه قال: أنت طالق طلقتين ونصف، أو أنت طالق الطلاق كله إلا نصف طلقة، ولعل هذا أقرب من تعليل المصنف أن معناه: (إلا نصف كل طلقة)، ولو قيل في المثال المذكور بلزوم طلقتين فقط ما بعد، ومقتضى كلامه في "الجواهر": أنه قول منصوص؛ لأنه قال: وإن قال الطلاق كله؛ إلا نصف الطلاق. لزمه طلقتان، ولو قال: إلا نصف الطلاق. وطلقت ثلاثا من جهة أن هذا الطلاق يصح أن يكون واحدة، فيصير كأنه استثنى نصف طلقة، فتصير ثلاثا. وقيل: يصح أن تكون هذه المسألة كالتي قبلها، وتكون الألف واللام في الطلاق للجنس. انتهى.

(ص): **(ولوْ قالَ لأربعٍ: بَيْنَكُنَّ واحدةٌ إلَى أَرْبَع. طُلِّقْنَ طَلْقَةً طَلْقَةً)**

(ش): قوله: (إلى أربع)؛ أي: إلى أربع طلقات؛ لأنه إذا قال لأربع: بينكن طلقة. ناب كل واحدة ربع طلقة، ولو قال: بينكن طلقتان. ناب كل واحدة نصف طلقة، وإن قال: بينكن ثلاث. ناب كل واحدة ثلاثة أرباع الطلقة، فيكمل لكل واحدة طلقة طلقة، وإن قال: بينكن أربع. ناب كل واحدة طلقة كاملة، وهذا مذهب "المدونة[1]"، وهو مبني

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٣.

على اعتبار: أنه يحصل لكل واحدة من الجملة، وقيل: يعتبر ذلك من كل طلقة، فإن قال لأربع: بينكن أربع. طلقن ثلاثا ثلاثا؛ قال في "البيان": وهذا الخلاف مبني على الخلاف في من صرف دراهم بدنانير، فيوجد فيها درهم زائف، هل ينتقض صرف دينار واحد، أو الجميع؟

وعلى الأول: فإن قال لأربع: بينكن خمس إلى ثمان. وقع على كل واحدة اثنتان، وإن قال: تسع إلى اثنى عشر. بانت كل واحدة بثلاث.

(ص): (**وقالَ سَحْنُونٌ: إذا قالَ: شَرَكْتُكُنَّ. طُلِّقْنَ ثلاثًا ثلاثًا**)

(**ش**): هذا الفرع لسحنون في "كتاب ابنه"، ونصَّ في الكتاب المذكور على موافقة سحنون للمذهب في المسألة الأولى، والفرق بينهما عنده: أن الشركة تقتضي الاشتراك في أجزاء كل طلقة، بخلاف ما إذا قال: بينكن. يقسم الجملة المسماة عليهن.

ابن يونس: ولو قال قائل: إن الفرعين سواء؛ لم أعبه؛ إذ لا فرق بين (بينكن) أو (شَرَكْتُكن).

ونسب المصنف هذا الفرع لسحنون؛ لاحتمال ألا يوافق عليه ابن القاسم.

(ص): (**ولوْ قالَ: أنتِ طالقٌ ثلاثاً. ولأخرى: وأنتِ شَرِيكَتُها. ولأخرى: وأنتِ شَريكَتُهُمَا. طُلِّقَتِ الوُسْطَى اثْنَتَيْنِ، والأُخْرَيَانِ ثلاثاً ثلاثاً....**)

(**ش**): هذا الفرع لأصبغ في "العتبية"، وأتى به غير منسوب لقائله، وكأنه عنده موافق لأصل المذهب، بخلاف قول سحنون. ووجهه ظاهر؛ لأنه طلق الأولى ثلاثا، ولما أشرك الثانية معها؛ فكأنه ألزم نفسه فيها طلقة ونصفًا، فتكمل عليه طلقتان، ثم أشرك معها الثالثة، فيخصها من الأولى طلقتان، ومن الثانية طلقة.

وحكى بعضهم قولا آخر بلزوم الثلاث في الوسطى أيضًا، ولعله أخذه من قول سحنون.

(ص): (**ونَحْوَ: يَدُكِ، أَوْ رِجْلُكِ كَالتَّجْزِئَةِ**)

(**ش**): يعني: أن الطلاق كما يكتمل بتجزئته، فكذلك يقع إذا طلق عضوًا، ولا أعلم في هذا خلافًا عندنا.

سحنون: وكذلك لو طلق ثلثها، أو غير ذلك من أجزائها.

(ص): (**وفِي نَحْوِ: شَعْرُكِ، أَوْ كَلامُكِ - قَوْلانِ**)

(**ش**): القول باللزوم لأصبغ فيهما، قال: وشعرها من محاسنها حتى يزايلها. قال:

وكذلك ريقها.

وقاله أشهب في الكلام. والقول بعدم اللزوم فيهما لسحنون، وقاله ابن عبد الحكم في الكلام. وشبَّه ابن عبد الحكم الكلام بالسعال.

محمد: وليس كلامها بمنزلة شيء من جسدها. قال: وقد أمر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم بالحجاب، وكان يسمع كلامهن، ويكتب عنهن الحديث.

ابن عبد السلام: وقول أصبغ أظهر.

اللخمي: ولا تحرم بالسعال؛ لأنه ليس مما يلتذ به، ولا بالبزاق؛ لأن البزاق إنما يقع على ما فارق الفم وطرح، وتحرم بتحريم الريق؛ لأنه يقع على ما في الفم قبل المفارقة، وهو مما يلتذ به.

وأما الكلام: فإن قصد تحريم استماعه لم تحرم، وإن قصد تحريم الالتذاذ به حرمت، لا سيما إذا كانت رخيمة الكلام، وكذلك الشعر، وهو مما يلتذ به. وأشار الباجي إلى: أنها لا تحرم بالدموع.

ابن عبد السلام: وحكى بعضهم في السعال والبزاق قولين، ولم أقف في السعال للمتقدمين إلا على عدم اللزوم.

(ص): (والاسْتِثْنَاءُ مُعْتَبَرٌ بِشَرْطِ الاتِّصَالِ وَعَدَمِ الاسْتِغْرَاقِ)

(ش): قد تقدم في (باب الإيمان): أنه يشترط في الاستثناء الاتصال، وأنه لا يقدح في ذلك سعال ونحوه.

وقد حكى العلماء الإجماع على بطلان الاستثناء المستغرق، ولا يقال: هذا الإجماع منقوض بما حكاه ابن طلحة: أن المشهور في من قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا؛ إلا ثلاثا - لزوم الثلاث.

وقيل: لا يلزمه شيء؛ لأن الطلاق والإقرارات مبنية على العرف، فلعل القائل بعدم اللزوم إنما قال ذلك للعرف، لا لصحة هذا الكلام في اللغة.

والاستغراق عبارة عن أن يكون العدد المستثنى منه، أو أكثر.

(ص): (وَلا يُشْتَرَطُ الأَقَلُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ)

(ش): لا يشترط في صحة الاستثناء: أن يكون الباقي أكثر مما أخرج على المنصوص، بل يجوز استثناء الأكثر. وحكى اللخمي قولا آخر: بأنه لا يصح استثناء

الأكثر. قال: وقاله عبد الوهاب[1] في مقدمة الأصول.

اللخمي: ويختلف في هذا إذا طلق اثنتين؛ إلا واحدة، لكن الواحدة من الاثنين ليست الأقل.

(ص): **(وَلِذَلِكَ لَوْ قالَ: أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتَيْنِ إلا اثنتَيْنِ. فإنْ كانَ مِنَ الجَمِيعِ فطَلْقَةٌ، وإلا فثَلاثٌ....)**

(ش): أي: ولأجل بطلان الاستثناء المستغرق، وصحة استثناء الأكثر (لو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتين إلا اثنتين)، فإن أعاد المتكلم الاستثناء إلى الجميع لزمه طلقة واحدة؛ لأنه أخرج اثنتين من الثلاث. وإن لم يعده للجميع، بل أعاده لاثنتين لزمه الثلاث؛ لكونه حينئذ مستغرقًا، وكذلك تلزمه الثلاث إذا أعاده للأول من باب أولى.

(ص): **(ولوْ قالَ: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدةً. طُلِّقَتِ اثنتَيْنِ، وفِيهِ نَظَرٌ، والأوْلَى واحدةٌ)**

(ش): (طُلِّقَتِ اثنتَيْنِ)؛ لأن قوله: (إلا ثلاثًا) مستغرق، فبطل، ثم أخرج من الثلاث واحدة؛ فلذلك لزمه اثنتان.

قال المصنف: (وفي هذا نظَر، والأوْلى واحدةٌ)، وكلامه يحتمل وجهين: أحدهما: أن يريد: الأولى في النظر، مع كونه لم ير ذلك لغيره، ويحتمل: والأولى، مع كونه قد رآه لغيره.

وقد نقل المازري في "شرح التلقين"، عن بعض العلماء ما ذكره المصنف: أنه الأولى، ووجهه: أنه يلزم من المذهب - الأولى مخالفة قصد المتكلم؛ لأن الناس إنما يقصدون إخراج الثالث من الثاني، وعلى هذا فيكون قد أبطل الثلاث بقوله: (إلا ثلاثا). ثم أثبت واحدة، فإن قيل: يلزم على ما اختاره المصنف صحة الاستثناء المستغرق؛ قيل: عد المصنف جميع أجزاء هذا الكلام جملة واحدة، ورأى أن الاستثناء المستغرق هو الذي يقتصر المتكلم عليه، وفي هذه الصورة لما أخرج منه واحدة لم يبق مستغرقا. وحكى المازري قولا ثالثًا، عن بعض العلماء: بإلزام الثلاث؛ لأن قوله: (إلا ثلاثا) لغو، لاستغراقه؛ وما هو لغو يُمنع الاستثناء منه، وهذه المذاهب كلها مبنية على القوعد اللغوية، وينبغي هنا الإقرار أن يراعى في ذلك العرف فقط.

---

(١) هو أبو محمد، عبد الوهاب بن علي بن نصر، المالكي البغدادي، شيخ المالكية، ثقة حجة، وكان حسن النظر، صنف: التلقين، والمعونة، وغيرهما. انظر: المدارك: ٢٧٢/٢.

(ص): (ولوْ قالَ: ثلاثاً إلا اثنتَيْنِ إلا واحدةً. طُلِّقَتِ اثْنَتَيْنِ)

(ش): لأن القاعدة أن الاستثناء من النفي إثبات، وبالعكس، فقوله: أنت طالق ثلاثًا، إثبات، فيكون قوله: إلا اثنتين. نفيًا أخرج به اثنتين، فصار اللزوم واحدة، ثم أثبت أخرى بقوله: (إلا واحدة).

(ص): (وكذلكَ الْبَتَّةَ، عَلَى الأَصَحِّ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّها تَتَبعض، أَمْ لا)

(ش): يعني: أن الأصح: أن البتة مرادفة للثلاث؛ فإذا قال: أنت طلاق البتة إلا اثنتين إلا واحدة. طلقت اثنتين، وكذلك سائر الأمثلة هي كالثلاث. وبه قال أشهب، وسحنون، ولسحنون أيضًا: لا يصح الاستثناء منه؛ فتلزمه الثلاث بناءً على أنها لا تتبعض.

(ص): (فَلَوِ اسْتَثْنَى مِنْ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاثٍ، مِثْلَ: خَمْسًا إلا اثْنَيْنِ، فقيلَ: ثلاثٌ. وقيلَ: واحدةٌ؛ بِنَاءً على اعْتِبَارِ الزَّائِدِ، أَوِ الغَايَةِ، وعَلَيْهِمَا: أَرْبَعًا إلا ثلاثًا، أَوْ مِئَةً إلا تِسْعًا وتِسْعِينَ....)

(ش): نحوه في "الجواهر"، ومعنى إلغاء الزائد، أو اعتباره: أنه ليس في الشرع إلا ثلاث تطليقات، فهل يكون ما زاد عليها ملغيا؟ ويعد المتكلم كأنه لم يتكلم به؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا. وهو قول سحنون الأول، أو يقال: المتكلم قصده فلا يلغى، وهو الذي رجع إليه سحنون في "المجموعة". وهو الأقرب لما قدمنا أنه ينبغي الرجوع في هذا الباب إلى العرف، ولأن محاشاة الزوجة في: الحلال على حرام؛ يصح على المذهب كما تقدم في (باب الإيمان)، وإن كان غير الزوجة لا يصح أن يراد شرعا.

قوله: (فقيلَ: ثلاثٌ) أي بناءً على اعتبار الزائد، (وقيلَ: واحدةٌ) بناءً على الغاية؛ لأن ما زاد على الثلاث عند هذا القائل ملغي، فكان كمن استثنى الاثنتين من الثلاث، (وعليهما أربعا إلا ثلاثا) فعلى اعتبار الزائد تلزمه واحدة، وعلى الغاية تلزم الثلاث، ومثّل بتسعة وتسعين أيضا، ولم يكتف بالمثالين الأولين إشارة إلى أنه لا فرق بين أن تكون الزيادة في طرف المستثنى منه، أو في طرف المستثنى والمستثنى منه. والله أعلم.

(ص): (ولوْ علَّقَ الطَّلاقَ عَلَى مُقدَّرٍ في المَاضِي، فإنْ كانَ مُمْتَنِعًا عَقْلا أو عادةً حَنِثَ)

(ش): أي: إذا (علَّق الطلاقَ على مُقدَّرٍ)؛ أي: على فعل يقدر وقوعه على صفة في الزمان الماضي، فإن كان المقدر (مُمْتَنِعًا) في العقل، أو العادة (حَنِثَ)، مثال الممتنع عقلا: عليَّ الطلاق لو جئتني أمس لجمعت بين وجودك وعدمك، أو لجمعت بين

الضدين. ومثال الممتنع في العادة: لو جئتني أمس لدخلت بك الأرض، أو لرفعتك إلى السماء حنث؛ لأنه حلف على ما لا يبر فيه، ومثل ابن عبد السلام الممتنع عقلا بما مثلنا به الممتنع عادة، وليس بظاهر؛ لأن العقل يجوز كل شيء لَو فُرض لم يلزم منه محال لِذَاتِه.

(ص): (**وكذلكَ الشَّرْعِيُّ، مِثْلُ: لَوْ جِئْتُ أَمْسِ لأَقْتُلَنَّك، على الأَصَحِّ، مَا لَمْ يَقْصِدْ مُبَالَغَةً فِي جَائِزٍ فَكَالْجَائِزِ....**)

(ش): أي: وكذلك يحنث في الممتنع شرعًا (على الأصح)، ومثاله ما ذكر، والأصح مذهب "المدونة[1]"، قال فيها: من قال لرجل: امرأتي طالق لو كنت حاضرًا لشرِّك مع أخي لفقأت عينك: هو حانث؛ لأنه حلف على شيء لا يبر فيه.

ونقل حمديس، عن مالك قولا آخر في هذه المسألة بعدم الحنث، ووقع لمالك في رجل جذب ثوب آخر، فقال: امرأتي طالق لو شققته لشققت بطنك: أنه قال: يستغفر الله، ولا شيء عليه.

ابن بشير: ولم يذكر عليه يمينًا، ونقل ابن راشد: أن ابن يونس نقل في هذه المسألة: أن مالكا قال: يحلف بالله لو خالف ليفعل، ثم لا شيء عليه. وقال ابن القاسم: لا يعجبني، وهو حانث كالذي حلف لو كنت حاضرًا لشرِّك مع أخي لفقأت عينك، ولم أر ما نقله في ابن يونس عند كلامه على هذه المسألة.

عياض: ولو حلف على مثل هذا فيما يأتي لا يختلف في أنه لا يمكن من ذلك، وتطلق عليه إلا أن يتجرأ فيفعله قبل، فيبر في يمينه، وأما ما يمكن فعله، أو يباح في المستقبل، فلا يحنث بالاتفاق.

وقوله: (لأقتُلنَّك) صوابه: لقتلتك، بلفظ الماضي؛ لأن (لو) لا يمكن جوابها إلا ماضيًا كما قُرر في علم العربية. قاله ابن عبد السلام.

وجوابه: إن لأقتلنك جواب قسم محذوف.

وقوله: (ما لم يَقْصِدْ.... إلى آخره) يعني: في جائز عقلا، فيكون كالجائز شرعًا، فلا يحنث به على أحد القولين في الجائز، وإنما يحنث إذا أراد حقيقة الفعل.

ابن بشير: وإذا أخرجت الأيمان على قصد المبالغة، والتفتنا إلى المقاصد، لم يقع

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٤.

حنث وإن لم يحصل جميع ما يتناوله اللفظ، وإن التفتنا إلى الألفاظ وجب الحنث، واستدل من التفت إلى المقاصد بقوله: صلى الله عليه وسلم في أبي جهم " لا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ"[١]. ومن هذا أن يحلف أن هذا الطير لا يسكت، وإنما يريد كثرة صياحه. انتهى.

وعلى هذا فيكون قوله: (كالجائز)؛ أي: فيجري فيه قولان، ولم يحك ابن بشير في هذه المسألة خلافا، بل قال: وإن شرطه بصفة ممتنعة عادة، أو شرعًا، كقوله: لو جئت أمس لأدخلنَّك. يريد: في الأرض، أو لأقتلنك، فإن أراد حقيقة الفعل حنث، وإن أراد المبالغة لم يحنث.

وقال ابن عبد السلام: يعني ما لم يقصد في كل واحد من القسمين السابقين، أو في أحدهما المبالغة، فيعبر مثلا عن القصاص الذي وجب لأخيه على هذا المحلوف عليه بالقتل، أو بالدخول في الأرض، وما أشبه ذلك، وهو مراده بقوله: في جائز منكرًا. احترازًا من أن يعبر بذلك عن ممتنع شرعًا أيضا، أو عادة، كضربه ألف سوط مثلا، فإذا عبر بذلك عن جائز شرعًا، أو عادة، وهو الذي يلي هذا الكلام.

قال ابن عبد السلام: وعلى هذا فاستعمال المصنف الجائز في القدر المشترك بين الجائز في الثلاثة، وقد اجتمع الثلاثة في قوله.

(ص): **(وإنْ كانَ جائزًا مِثْل: لوْ جِئْت أمس لأقْضِيَنَّك حَقَّك، حَنِثَ عِنْدَ ابْنِ القَاسِمِ)**

(ش): لما شبه بالجائز أراد أن يبين حكمه، فإن قيل: لا نسلم أن هذا جائز شرعًا، بل واجب، قيل: المسألة أعم من الوجوب والجواز، لاحتمال أن يكون الدين لم يجب قضاؤه، وحينئذ إما لأن الأجل لم يحل، أو لغير ذلك.

وفي قوله: (عندَ ابنِ القاسمِ) إشاره أنه لا يحنث عند غيره، وهو كذلك؛ فإن عبد الملك قال: لا يحنث. ورأى ابن القاسم أنه لما احتمل أن يقضيه، وحصل الشك، فتطلق عليه؛ إذ لا يقدم على فرج مشكوك فيه. ورأى عبد الملك أن الشك لا عبرة به استصحابًا للعصمة المحقق وجودها. وقوله: (لأقضينك)، هو كقوله: (لأقتلنك).

(ص): **(وإذَا عَلَّقَهُ على مُسْتَقْبَلٍ، فإنْ كانَ مُمْتَنِعًا مِثْلَ أنتِ طالقٌ إنْ لَمَسْتِ السَّمَاءَ،**

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٤٨٠) وأبو داود، برقم (٢٢٨٤) والنسائي في الصغرى، برقم (٣٢٤٥).

لَمْ يَحْنَثْ على الأَصَحِ، وكذلكَ إنْ شَاءَ هَذَا الحَجَرُ، أَوِ المَيِّتُ، أَوْ زَيْدٌ، فَمَاتَ....)

(ش): لم يحنث على الأصح؛ لأنه علق الطلاق بشرط لا يوجد، والمشروط لا وجود له بدون شرطه، وحنث في مقابل الأصح؛ إما لهزله، وإما لأنه لما طلق ندم، فعلقه بلمس السماء ونحوه، والأصح قول ابن القاسم في "المدونة[١]"، ومقابله لسحنون، وروى مثله، عن ابن القاسم. ومثل: (إن لمست السماء): إن ولجت في سم الخياط.

قوله: (أو الحجر) الأصح فيه مذهب "المدونة[٢]"، ومقابله لسحنون، وذكر عبد الوهاب في ذلك روايتين، وقال: اللزوم أصح.

وقال المازري[٣]: المشهور لزوم الطلاق، وفيهما نظر؛ لمخالفة "المدونة"، والله أعلم.

زقوله: (أو زَيدٌ فَمَاتَ) يريد: ولم يشأ؛ ففي "المدونة[٤]": وإن مات فلان قبل أن يشاء، وقد علم بذلك، أو لم يعلم، أو كان ميتا، فلا حنث عليه. ونص اللخمي على: أنه إن مات فلان قبل أن يقضي، أو يعلم هل قضى بشيء أم لا؟ لأنه لا شيء على الحالف. وفي الكافي: إن علق المشيئة بآدمي، لم تطلق حتى يعلم أنه شاء، فإن لم يعلم مشيئته لم تطلق عليه.

ابن عبد السلام: والأقرب أنه إن علم أن فلانًا نظر في اليمين، ولم يعلم هل شاء الطلاق أم لا؟ أن يجري على الشك في الحنث كما سيأتي.

(ص): **(فإِنْ كانَ مُتَحَقِّقًا، ويُشْبِهُ بُلُوغُهُمَا عَادَةً مِثْلَ: إنْ مَضَتْ سَنَةٌ، أو بَعْدَ سَنَةٍ، أَوْ إِذَا مَاتَ فُلانٌ، أَوْ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ، حَنِثَ نَاجِزًا، ثُمَّ لا يَحْنَثُ فِيهِ بَعْد؛ لأَنَّهُ عَجَّلَ حِنْثَهُ)**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٩٥.

(٣) هو أبو عبد الله، محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المالكي، الشيخ الإمام العلامة البحر المتفنن، صنف المعلم بفوائد شرح مسلم، وإيضاح المحصول في الاصول، وله تواليف في الأدب، وكان أحد الأذكياء، الموصوفين والأئمة المتبحرين، وله شرح كتاب التلقين لعبد الوهاب المالكي في عشرة أسفار، هو من أنفس الكتب، وكان بصيرا بعلم الحديث، حدث عنه: القاضي عياض، وأبو جعفر بن يحيى القرطبي الوزغي، ولد بمدينة المهدية من إفريقية، وبها مات في ربيع الأول سنة ٥٣٦هـ، وله ثلاث وثمانون سنة. ومازر: بليدة من جزيرة صقلية بفتح الزاي وقد تكسر. انظر: سير أعلام النبلاء: ٢٠/١٠٤، ١٠٥ وما بعدهما.

(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٩٦.

(ش): أي: فإن كان الشرط المستقبل المعلق عليه الطلاق محقق الوقوع، وهو مع ذلك يشبه حال الزوجين مع البلوغ في العادة، مثل: أنت طالق (إن مضت سنة، أو بعد سنة)، أو (قبل موتي بشهر حنث ناجزًا)؛ أي: حين التعليق؛ لأنه شبيه بنكاح المتعة في توقيت الحلّ، وخالف في ذلك جماعة من أهل العلم، ورأوا عدم اللزوم؛ لأن الطلاق معلق على شرط غير محقق الوقوع؛ لاحتمال ألا يبلغ كل من الزوجين، أو أحدهما الأجل المذكور، وتقدير هذا المثال الثالث، وهو إذا مات فلان أظهر، إذ من الممكن حياته بعد كل منهما، لا سيما إذا كان أصغر.

وأيضا فالفرق بين هذا ونكاح المتعة: أن توقيت الحل في نكاح المتعة واقع في العقد، بخلاف هذا، والمفسد إنما هو ما وقع في العقد، لا ما تأخر عنه. وخالف أشهب في المثال الآخر، غير أنه ذكره فيما إذا قال: قبل موتك بشهر، على ما نقله اللخمي، وغيره، ولكن لا فرق بين أن يكون قبل موتي أو موتك، على ما نص عليه في "المجموعة".

وقوله (لا يحنث فيه بعد)؛ أي: إذا عجلنا عليه الطلاق، ثم جاء الأجل، فلا يحنث به أيضا؛ لأنه لما عجلناه لم يبق شيء حتى يقع عند الأجل.

(ص): (**ومِثْلُهُ أنتِ طالقٌ إنْ لمْ أَمَسَّ السَّماءَ، وَشِبْهِهِ**)

(ش): أي: (ومثله) في التنجيز، والتنجيز هنا واضح في المثال السابق يحتمل أن يموت كل من الزوجين قبل بلوغ الأجل؛ فكان من الطلاق بالشك، وأما هنا فالطلاق واقع، وإنما يرفعه حصول شرط لا يمكن أن يقع، ولهذا اتفق هنا على وقوع الطلاق. حكى ذلك ابن بشير.

وشبه (إن لم أمس السماء): أنت طالق إن لم أشرب البحر، أو أحمل الجبل.

(ص): (**وفِي مِثْلِ: إنْ أَكَلْت، أوْ شَرِبْت، أوْ قُمْت، أوْ قَعَدْت، مِمَّا لا صَبْرَ عَنْهُ، ثالِثُها: إنْ أَسْنَدَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَمِثْلُ إنْ مَاتَ، وَإلا فَمِثْلُ إنْ دَخَلْت....**)

(ش): يعني: أنه اختلف إذا قال: (إن أكلت) أنا (أو شربت)، أو أكل فلان، أو شرب، أو نحو ذلك من الأفعال التي لا صبر عنها أنت طالق؛ فتأول اللخمي، وابن يونس، وغيرهما على "المدونة[1] " أنها تطلق عليه في الحال. وذهب ابن محرز، وغيره

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٦.

إلى: أن ظاهر "المدونة" خلاف هذا، ولا تطلق عليه حتى يفعل ما حلف عليه؛ لقوله فيها: إذا قال لها: إن أكلت، أو شربت، أو لبست فأنت طالق: أنها أيمان. وحملها الأولون على ما إذا قيد يمينه بزمن يمكن الصبر فيه على المحلوف به.

وهذان القولان الأولان من كلام المصنف، وقد تقدم أن مثل هذا لا ينبغي عدّه خلافًا.

خليل: وفي قول من حمل "المدونة"[1] " على عدم التنجيز بعد؛ لأنه إذا كان المشهور فيها إذا علقه على الحيض، أو الطهر، التنجيز كما سيأتي، فلأن ينجز هنا من باب الأولى، وما يفرق به بينهما بأن الفعل هنا داخل تحت المشيئة، بخلاف الحيض والطهر، ليس بظاهر.

وثالثها إن أسندها إلى غيره كانت طالقا إن قام فلان، أو أكل فمثل (إن مات)، فينجز؛ لأن الغير لا يصبر لحلفه، (وإلا)؛ أي: وإن علقه بفعله فمثل إن دخلت، فلا ينتجز؛ لاحتمال اختياره الصبر عن ذلك الفعل ولو أدَّاه إلى الموت.

اللخمي: وهذا إذا لم يضرب أجلا، أو ضرب أجلا لا يمكنه الصبر إليه، وإن كان مما يمكن الصبر إليه لم يحنث.

(ص): **(وإِنْ كانَ مِمَّا لا يُشْبِهُ بُلُوغُهُ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الأَصَحِّ)**

(ش): هذا قسيم قوله: (وإن متحققا، ويشبه بلوغهما عادة).

وفي الجلاب: وإن طلقها إلى أجل لا يبلغه عمره، مثل قوله: أنت طالق بعد ألف سنة، وما أشبه ذلك من الزمان البعيد، فإنها يتخرج على روايتين إحداهما: أنها تطلق عليه في الحال. والأخرى: أنها لا تطلق عليه بحال. وبعدم الحنث قال ابن القاسم في "العتبية"، وابن الماجشون، وعيسى، قال في الكافي: هو القياس. قال في "البيان": وعليه فالمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود على الاختلاف بينهم في ذلك.

واللزوم مبني على أن قوله: بعد ألف سنة؛ كالندم والاستدراك.

فإن قيل: إذا كان هذا قسيمًا لقوله: (يشبه بلوغهما)، فلم ثنى الضمير أولا، وأفرده ثانيًا؟ قيل: لأنه لو ثناه ثانيًا لتوجه النفي على مجموع الجزئين، لا على كل واحد منهما، والمراد إنما هو: لا يبلغه أحدهما، فأفرد الضمير، وخص الرجل دفعًا لذلك، ولأنه لزم

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٧.

أن يكون الحكم كذلك في المرأة؛ لأنه إذا لم يلزم الطلاق لعدم بلوغ عمر الرجل لذلك الأجل المضروب لعدم المطلق؛ فكذالك لا يلزم لعدم بلوغ عمر المرأة لعدم وجود محل الطلاق، على أنه يمكن أن يكون الضمير في بلوغه عائد على أحد الزوجين لا بعينه، ويمكن أن يكون الضمير في بلوغه عائدًا إلى الأجل، ويقرأ على هذا بلوغه بفتح الغين، ويكون التقدير: وإن كان مما لا يشبه حالة الزوجين بلوغ الأجل لم يحنث، وهذا أظهر، والله أعلم.

(ص): **(ورَجَعَ مَالِكٌ إلَى أَن إذا مِتُّ مِثْلُ إنْ مِتُّ في أنَّه لا يَحْنَثُ، بِخِلافِ يَوْمَ أَمُوتُ)**

(ش): حاصله: أن للتعليق على موته ثلاث صور، إن قال: إن مت فأنت طالق، لم تطلق عليه؛ لأنه علق الطلاق بموته، ولا يطلق على ميت.

اللخمي، وغيره: إلا أن يريد: أنه لا يموت، ويعاند في ذلك فيحنث. وإن قال: يوم أموت. حنث ناجزا؛ لتعليقه على أجل لا بدّ منه، قال في "المدونة[1]"، وقال أشهب: لا شيء عليه في مسألة يوم أموت. واختلف قول مالك في: إذا مت، هل ذلك بمنزلة (إن) أو (يوم)؟ لأن إذا ظرف وشرط، فإن غلبنا الظرفية كانت كـ (يوم)، وإن غلبنا الشرطية كانت كـ (إن).

اللخمي: ويلزم مثل هذا الخلاف إذا قال: إن مت. وقد اختلف في من قال لعبده: إن بعتك فأنت حر. ولزوجته: وإن خالعتك فأنت طالق البتة؛ فباع، أو خالع: فقيل: يحنث فيهما، فيعتق العبد، ويرد ما أخذ في الخلع والعتق، والحنث سبق البيع والخلع. وقيل: لا شيء عليه؛ لأن العتق والبيع قبل الحنث. وهو أحسن.

(ص): **(وإنْ كانَ مُحْتَمَلا غالبًا مِثْلَ: إذَا حِضْتِ، أَوْ طَهُرْتِ تَنَجَّزَ على المَشهُورِ كَالمُحقَّقِ، وقالَ أشهَبُ: لا يَتَنَجَّزُ، وقالَ أصبَغُ: إنْ كانَ علَى حِنْثٍ تَنَجَّزَ، وعَلَى الحِنْثِ فِي افْتِقَارِهِ إلَى حُكْمٍ قولانِ....)**

(ش): هذا قسيم قوله أولا: (فإن كان متحققًا)؛ أي: وإن لم يكن متحققًا، بل (كان محتملا غالبًا) فالمشهور أنه يتنجز. وقال أشهب: لا يطلق عليه، وينتظر ما علق عليه من حيض، أو طهر. وبه قال عبد الملك، والمخزومي، وابن وهب، وابن عبد الحكم.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٨.

وكلا القولين مروي عن مالك.

ومنشأ الخلاف: هل الغالب كالمحقق، أو كالمحتمل غير الغالب؟ فيتوقف على الشرط، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وفرق أصبغ، فقال كالمشهور إن كانت يمينه على حنث، وكقول أشهب إن كانت يمينه على بر.

ابن عبد السلام: والمثال الذي ذكره المصنف - يعني: إذا حضت أو طهرت - مما يعسر تصور القول الثالث فيه.

خليل: وليس بعسير، ومثاله: إن لم تحيضي فأنت طالق؛ فإنه علق الطلاق على الطهر، أو: إن لم تطهري؛ فإنه علقه على الحيض، وإن أراد بالحنث والبر خلاف المصطلح عليه في كلام الفقهاء فيحتاج إلى ثبوته أولا ليتكلم عليه ثانيًا.

وسلم جماعة قول أشهب في: إذا حضت، واستشكلوا قوله في: إذا طهرت؛ لأنه محقق.

وعلى هذا ففي تمثيل المصنف للغالب بالطهر نظر؛ لأنه محقق؛ إلا أن يقال: إنما ذكره ليبين أن أشهب قال بعدم التخيير في الطهر والحيض، لا لأنه من صورة المسألة، وأجاب التونسي عن أشهب بأن الطهر ليس بمحقق؛ لأن الموت قد يأتي قبل انقضاء الحيض، وهو ضعيف؛ فإن احتمال الموت ملغى إذا قال: بعد شهر. إلا أن يقال: إن الجواب جار على قول أشهب فيما إذا قال: قبل موتي بشهر. فإنا قدمنا عدم اللزوم في ذلك.

قوله: (وعلَى الحِنْثِ.... إلى آخره)؛ أي: إذا فرَّعنا على المشهور من التخيير، يريد: وعلى أحد شقي قول أصبغ فاختلف، فقال مالك، وابن القاسم: يلزمه الطلاق مكانه حين تكلم بذلك، ولا يفتقر إلى حكم. اللخمي: وقيل في هذا الأصل: لا يقع عليه الحنث بنفس اللفظ، بل يفتقر إلى الحكم. وهو أحسن؛ لأنه أمر مختلف فيه، والحكم يرفع الخلاف.

تنبيه:

هذا الخلاف إنما هو إذا كانت المرأة ممن تحيض.

اللخمي: وأما إن كانت يائسة، أو شابة، وهي ممن لا ترى حيضها لم يعجل بالطلاق بحال.

(ص): (**ولا يَحْنَثُ فِي مِثْلِ: إِذَا حَمَلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، إلا إِذَا وَطِئَهَا؛ لأَنَّهُ بِيَدِهِ،**

وفِيهَا: وَيُمْكِنُ مِنْ وَطْئِهَا مَرَّةً، وَلا يَحْنَثُ بِحَمْلٍ هِيَ عَلَيْهِ....)

(ش): يعني: إذا قال: إن حملت فأنت طالق؛ فإنه لا يحنث، (إلا إذا وطئها) لأن الحمل موقوف على سبب، والسبب بيد الحالف إن شاء أوقعه، وإن شاء لم يوقعه، وهو الوطء، والضمير في قوله: (لأنه) يحتمل عوده على الحمل، وإن لم يكن حقيقة بيد الحالف، لكن سببه وهو الوطء بيده، وأتى المصنف بهذا المثال في الغالب؛ لأن الغالب على النساء الحمل، ثم بين وجه المخالفة بينه وبين ما تقدم بقوله: (لأنه بيده)؛ أي: بخلاف الحيض والطهر في المثال السابق؛ فلذلك عجلنا عليه الحنث هنالك، ولم نجعله هنا.

قوله: (وفيها: ويمكن مِن وطْئها مرةً)، لا خلاف في ذلك. قاله ابن عبد السلام.

عياض: وقوله: لا يمنع من وطئها مرة، معناه: إن لم يمكن وطؤها في ذلك الطهر، ولو وطئها فيه طلقت عليه عند ابن القاسم، وروايته: واختلف بعد الوطء، فقال في "المدونة[1]": يعجل عليه الطلاق بإثر الوطء. وقال ابن الماجشون: لا يعجل، وينتظر، ثم يطأها في كل طهر مرة، كقوله في "المدونة" في العتق، وقال أشهب: لا شيء عليه حتى يكون ما شرط ابن يونس. فوجه قول ابن القاسم: إذا وطئها صار حملها مشكوكا فيه، فيعجل الطلاق؛ لأن من شك: هل حنث، أم لا؟ فهو حانث. ووجه قول أشهب: أن من أصله أن لا يطلق إلا على من علق إلى أجل آت لا بدّ منه، فكان هذا عنده بمنزلة من قال: إذا أتى فلان فأنت طالق. ووجه قول ابن الماجشون: أنه لا يحصل الحمل من كل وطء، فوجب ألا تطلق عليه حتى يختبر أمر هذا الوطء، ويمسك عن وطئها إذ لا يدري هل حملت منه، أم لا؟ قياسًا على الأمة، إذ قال لها: إذا حملت فأنت حرة؟

والفرق عند ابن القاسم بين الأمة والحرة: أنهم أجمعوا أنه لا يجوز الطلاق إلى أجل، ويجوز العتق إلى أجل.

وقوله: (لا يَحنَث بحَمْلٍ هي عليه)، يعني: إذا قال لها: إن حملت فأنت طالق. لا يحنث إذا كانت حاملا، وإنما يحنث في المستقبل كما ذكر، وهذا تأويل الأكثر على "المدونة[2]"، وتأولها بعضهم على أنه يحنث بحمل هي عليه. ولا يؤخذ من كلام المصنف أن قوله: (ولا يحنثُ بحمْل هي عليه) أن ذلك في "المدونة".

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٩٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٩٩.

ابن عبد السلام: ظاهر كلامه: أن هذا في "المدونة[١]"، وليس هو في "التهذيب" ليس بظاهر.

(ص): (**وفيها: إذَا حَمَلْتِ وَوَضَعْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ. إنْ كانَ وَطِئَهَا في ذَلِكَ الطُّهْرِ مَرَّةً حَنِثَ مَكَانَهُ، ولا يُنْتَظَرُ أَنْ تَضَعَ، فَقِيلَ: اخْتِلافٌ، والصَّحِيحُ: إنْ كَانَ وَطِئَهَا بَعْدَ الْيَمِينِ، وَقِيلَ: القَصْدُ هُنَا الوَضْعُ....**)

(ش): أتى بهذه المسألة لمخالفتها الأولى، أو لأنها تحتمل ذلك، وكذلك أتى بها في "المدونة[٢]" بإثر الأولى.

وقوله: (فقيل: اختلافٌ). هو مذهب اللخمي؛ فإنه قال: واختلف في من قال: إذا حملت فأنت طالق؛ وهي غير ظاهرة الحمل، فظهر بها حمل بعد ذلك: فقال ابن القاسم: لا يمنع من وطئها، وإذا وطئها مرة وقع عليه الطلاق. وقال أيضا: في من قال: إذا حملت ووضعت فأنت طالق: إن كان وطئها في ذلك الطهر فهي طالق مكانها؛ لحنثه لما تقدم من الوطء. قال المصنف: (والصحيح) في فهم "المدونة[٣]": أنها ليست خلافًا للأولى، وأن في كلامه في هذه إضمار تقديره: إن كان وطئها في ذلك الطهر مرة بعد اليمين حنث. وفيها زعم المصنف أنه الصحيح بعد من جهة اللفظ.

وقال ابن شبلون: إنما المعلق عليه هنا الوضع، وذلك لأن الطلاق مغيا بغايتين، وقد علم في أصول الفقه أن الحكم المغيا بغايتين أن المعتبر منهما الأخيرة، وأن تسمية الأولى منهما غاية إنما هو لقربها من الأخيرة، كقوله تعالى: ﴿وَلا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، فالغاية الحقيقية هي التطهير، ويسمى الطهر غاية إما لقربه من التطهير، وإما لكونه سببا فيه، فكأنه قال: هذا إذا وضعت، وقد وجدت مظنة الحمل المسبب عنه الوضع بوطئها قبل اليمين، فنجز لذلك، وليس كذلك الأولى.

خليل: وعلى ما تقدم من نقل عياض: أنه لو وطئ في المسألة السابقة قبل اليمين طلقت عليه في قول ابن القاسم، وروايته تدفع المعارضة بالكلية؛ لأن الأولى حينئذ توافق الثانية في الحنث بالوطء قبل اليمين.

(ص): (**وَعَلَى الحِنْثِ، لَوْ قَالَ: كُلَّمَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ. قَالَ ابنُ القاسِمِ: يَتَنَجَّزُ الثلاث. وقال سَحنونٌ: اثْنَتَانِ....**)

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٠.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٠.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١٠١.

(ش): هذا الفرع مبني على المشهور؛ أي: إذا علق الطلاق على غالب، وبنينا على المشهور من التنجيز، فلو قال لها: كلما حضت فأنت طالق، وأتى بما يقتضي التكرار، فقال ابن القاسم: تطلق ثلاثا، ورأى أن الطلقة الثالثة تقع مع الحيضة الثالثة.

ورأى سحنون وقوعها بعد بينونتها بدخولها فيها فلا يقع، وهو قول ابن الماجشون، ووجه قولهما: أنه يعجل ما لو حصل زمنًا كانت فيه زوجة، وعلى هذا فسحنون موافق على التعجيل.

ونقل اللخمي، عن مالك في "الموازية": أنه لا يعجل عليه، وإنما تطلق في الحيضة الأولى طلقة، وفي الثانية طلقة فقط.

وقيد ابن يونس قول سحنون بما إذا كانت طاهرًا، فقال: وقال سحنون: إذا قال لها ذلك - أي: كلما حضت - وهي طاهر لزمه طلقتان. قال: ووجهه: كأنه قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، وإذا حضت الثانية فأنت طالق، وإذا حضت الثالثة فأنت طالق. وهي إذا حاضت فقد بانت منه، فكأنه أوقع الثالثة بعد أن بانت منه، فلا يلزمه، ونحو هذا التعليل لسحنون. والله أعلم.

(ص): (**وفِيهَا: إنَّ (مَتَى ما) مِثْلُ (إنْ) إلا أنْ يَنْوِيَ بِهَا مَعْنَى (كُلَّمَا)**)

(ش): تقدم الكلام على هذا في (باب الإيمان).

(ص): (**وإنْ كانَ مُحْتَمَلا غَيْرَ غَالِبٍ يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عَلَيْهِ، فَإنْ كَانَ مُثْبَتًا انْتُظِرَ وَلَمْ يَتَنَجَّزْ إلا أنْ يَكُونَ وَاجِبًا، مِثْلَ: إنْ صَلَّيْتِ فَيَتَنَجَّز إلا أَنْ يَتَحَقَّقَ المُؤَجَّلُ قَبْلَ التَّنْجِيزِ....**)

(ش): لما قدم الكلام على المحقق والغالب تكلم على المحتمل غير الغالب بشرط أن يمكن الاطلاع عليه، ويعلم وقوعه، ثم قسّمه إلى قسمين: أحدهما: أن يكون مثبتًا كقوله: إن دخلت الدار، أو جاء زيد فامرأته طالق، فهذا ينتظر بلا خلاف، ثم استثنى من هذا القسم ما كان واجبًا، فقال: (إلا أن يكون واجبًا مثل: إن صليتِ فيتنجز)؛ لأن وجوبه يمنع من تركه، فيصير كالمحقق، وهكذا قال ابن سحنون، عن أبيه: أنه لو قال: أنت طالق إذا صليت أنت، أو إذا صليت أنا، فهو سواء، وتطلق الساعة لأنه أجل آت ولا بدّ من الصلاة.

خليل: وينبغي أن يجري على الخلاف فيما لا يمكنه تركه، وهو قوله: (إن أكلت أو شربت) وهو مقتضى كلامه في "المقدمات"، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يختلف

فيه من الخلاف في الغالب الوقوع، وقال ابن راشد في قول المصنف: (إلا أن يكون واجبًا مثل: إن صليت. فيتنجز) نظر؛ لأن مذهبه في "المدونة[1]": أن التنجيز لا يفتقر إلى حكم، ويقع بنفس الحلف، وهاهنا قال: إنه لم يصل لم يتنجز، والقياس: أنه لا فرق بينه وبين إن دخلت؛ لأن كليهما يفعله باختياره، وليس وجوبه مما يضره غالبًا، فتأمله.

قوله: (إلا أنْ يتحقَّق المُؤجَّل). مثاله لو قال: إن صليت اليوم فأنت طالق فمضى اليوم ولم يصل.

(ص): (**فَإِنْ قالَ: بَعْدَ قُدُومِ زَيْدٍ بِشَهْر. طُلِّقَتْ عِنْدَ قُدُومِهِ**)

(**ش**): لأن التعليق في هذه المسألة على قدوم زيد، وهو من المحتمل غير الغالب، فلذلك انتظر وحكم بالتنجيز عند قدومه؛ لأن الشهر أجل لا بد منه.

(ص): (**وإِنْ كانَ نَفْيًا يُمْكِنُهُ دَعْوَى تَحْقِيقِهِ لِفِعْلٍ لَهُ غَيْر مُحَرَّمٍ، أَوْ لِغَيْرِهِ مُطْلَقًا غَيْرِ مُؤَجَّلٍ مُنِعَ مِنْها حَتَّى يَقَعَ ما حَلَفَ عَلَيْهِ، وقِيلَ: إلا في مِثْلِ: إنْ لَمْ أَحُجَّ، ولَيْسَ وَقْتَ سَفَرٍ، أَوْ لأَخْرُجَنَّ إِلَى بَلَدِ كَذَا، وكَانَ الطَّرِيقُ مَخُوفًا، فَيُتْرَكُ حَتَّى يُمْكِنَهُ**)

(**ش**): هذا قسيم قوله: (فإن كان مثبتًا انتظر). ومراده بالنفي: أن تكون الصيغة على حنث. كقوله: إن لم أفعل. ومعناه: لأفعلن، ولهذا لم يقل المصنف: منفيًا، وإن كان مقابل قوله: (مثبتا)، وقابل اسم المفعول بالمصدر؛ لكونه ليس منفيًا في الحقيقة، واحترز بتمكن دعوى تحقيقه من نحو: إن لم تمطر السماء غدا، فإنه (يتنجز).

وبغير محرم من مثل: إن لم أشرب الخمر فامرأتي طالق، فإنه يتنجز عليه لمنعه مما حلف عليه، أو لغيره مطلقًا؛ أي: محرمًا كان أم لا، فعلى هذا: لا فرق بين إن لم يدخل زيد الدار، أو لم يشرب الخمر، فامرأته طالق في عدم التنجيز.

وما ذكره ليس بظاهر. والظاهر: أنه لا فرق في التنجيز في المحرم بينه وبين غيره؛ لمنعهما معًا من ذلك، بل ينبغي أن يكون الأمر في الأجنبي أشد؛ لأن الزوج قد يفعل المحرم لرغبته في الزوجة، وأن المشهور إنما يضرب أجل الإيلاء له إذا حلف على فعل نفسه، وأما على غيره فلا، ويتلوم له القاضي، ثم يطلق عليه، ولم يحك القرويون غيره. وحكى صاحب " المقدمات " الخلاف فقال: وحلف الإنسان بالطلاق على فعل غيره على وجهين: الأول: أن يحلف عليه ألا يفعل فعلا، مثل أن يقول: امرأتي طالق إن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٢.

لم يفعل فلان كذا. ففي ذلك لابن القاسم ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه كالحالف على فعل نفسه ليفعلن، فيمنع من الوطء، ويدخل عليه الإيلاء جملة من غير تفصيل.

والثاني: أنه يتلوم على قدر ما يرى أنه أراد بيمينه، واختلف هل يطأ في هذا التلوم؟ على قولين جاريين على الاختلاف إذا ضرب أجلا. لأن التلوم كضرب الأجل، فإن بلغ التلوم على مذهب من يمنعه من الوطء أكثر من أربعة أشهر دخل عليه الإيلاء.

والثالث: الفرق بين أن يحلف على غائب أو حاضر، وهو الذي يأتي على ما في سماع عيسى.

قوله: (غيرِ مؤجَّل)، احتراز من المؤجل، كما لو قال: إن لم أدخل الدار بعد شهر فأنت طالق، فإنه لا يمنع من الوطء قبل الشهر؛ لأن القاعدة: أن من ضرب أجلا فهو على بر إليه.

وقوله: (منع منها) هو جواب الشرط.

وقوله: (إلا في مثل: إن لم أحج.... إلى آخره)، يعني: أن المشهور منعه مطلقًا، وهو قول ابن القاسم في (كتاب الإيلاء)، والشاذ وهو قول غيره فيها: إنه يمنع من الوطء إلا قي مثل قوله: إن لم أحج في هذا العام. وذلك الوقت ليس وقت سفر؛ لأنه في معنى المؤجل، ولأن الأيمان إنما تحمل على المقاصد، ولا يقصد أحد أن يسافر إلى الحج إلا في وقته المعتاد.

ابن عبد السلام: والأظهر عندي: أنه تقييد، وإن كان شراح "المدونة[1] " اختلفوا: هل هو تقييد، أو خلاف؟ وفي "المقدمات": إن كان الفعل لا يمكنه فعله في الحال، مثل أن يقول: امرأتي طالق إن لم أحج. وهو في أول العام، ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: إنه يمنع من الوطء من الآن. وهو ظاهر قول ابن القاسم في (كتاب الإيلاء) من "المدونة[2]"، ورواية عيسى، عنه في (الأيمان بالطلاق) من " العتبية".

والثاني: لا يمنع من الوطء حتى يمكنه فعل ذلك.

والثالث: إنه لا يمنع من الوطء حتى يخشى فوات ذلك الفعل.

والرابع: إنه لا يمنع حتى يفوته فعل ذلك الفعل.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٣.

(ص): (**فَإِنْ رَفَعَتْهُ فَكَالْمُولي مِن يَوْمِ الرَّفْعِ**)

(ش): ظاهره: سواء حلف على نفسه، أو فعل غيره، وقد تقدم أن المشهور المعروف خلافه، وقوله: (مِن يومِ الرَّفْعِ)؛ لأن ترك الوطء إنما جاء بطريق اللازم، وما كان كذلك فالأجل فيه من يوم الرفع، بخلاف ما لو كانت يمينه على ترك الوطء صريحا كقوله: والله لا أطؤك. فإن أجله من يوم اليمين، وقيل في الأول: إن الأجل أيضا من يوم اليمين، وقيل: بل من حين يتبين ضرره، لا من حين المرافعة.

(ص): (**ولَوْ حَبَسَهُ عذرٌ في المنفِيّ فِفِي حِنْثِهِ قولانِ**)

(ش): هذان القولان ذكرهما في "البيان" في (باب الأيمان) فقال: ومن حلف أن لا يفعل فعلا، فأكره على فعله، فلا يحنث بلا اختلاف، وإنما اختلف إذا حلف ليفعلن فعلا، فمنع وحيل بينه وبينه، فالمشهور أنه حانث؛ إلا أن ينوي إلا أن يغلب. وقال ابن كنانة: لا حنث عليه. فلو قال: فلو حبسه عذر في النفي. لكان أحسن ليكون موافقا لقوله: أولا: (وإنْ كانَ نفيًا).

تنبيه:

يستثنى من هذه القاعدة، ما إذا قال: امرأتي طالق إن لم أحبلها. فإنه لا يمنع من وطئها. قال في "المقدمات": وله أن يطأها أبدًا حتى يحبلها، لأن بره في إحبالها، وكذلك إن قال لامرأته: أنت طالق إن لم أطأك، له أن يطأها لأن بره في وطئها، وإن وقف عن وطئها كان مؤليًا عند مالك، والليث فيما يروى عنهما. وقال ابن القاسم: لا إيلاء عليه. وهو الصواب.

(ص): (**وإنما نجز في مِثْلِ: إنْ لَمْ أطلِّقكِ مُطْلَقًا، أو إلى أجَلٍ. إذ لا بِرَّ له إلا بالطلاقِ، وقيلَ: يُمنَعُ، فإنْ رفعتْه ففي ضرْب الأجَل أو التَّعجِيلِ: قولانِ**)

(ش): لما قدم أنه إذا كانت يمينه على نفي يمكن دعوى تحقيقه يمنع منها، ولا ينجز الطلاق، خشي أن ينقض عليه بمثل هذه الصورة فذكرها، وذكر الوجه الذي خالف لأجله تلك القاعدة، وهو أنه لا بر له هنا إلا بالطلاق، فلم يكن للإيقاف فائدة.

وقوله: (مُطْلَقًا)؛ أي: من غير ضرب أجل، كما لو قال: إن لم أطلقك بعد شهر فأنت طالق. وهذا هو المشهور، ومذهب "المدونة[1]". وحكى اللخمي قولا آخر: إنه لا

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٤.

يلزمه طلاق حتى ترفعه ويوقعه السلطان. وإليه أشار بقوله: (وقيلَ: يُمنع)، قيل: وهو أقيس؛ لأن المرأة قد تصبر.

ثم فرع المصنف على الشاذ بقوله (فإن رفعَتْه.... إلى آخره)، يعني: اختلف إذا رفعت: هل يطلق عليه بالحضرة؛ إذ لا فائدة في الصبر، أو بعد ضرب أجل المولي؛ رجاء أن ينحل عزمها عن القيام بالطلاق؟ وهذان القولان ذكرهما اللخمي وغيره، وكذا صرح ابن بشير، وابن شاس[١] بأن هذين القولين مبنيان علي الشاذ، وأما على المشهور فلا يأتي هذا؛ لأنه يقع عليه الطلاق بمجرد كلامه، كما صرح به في "المدونة[٢]".

ولا إشكال أنه على القولين بضرب الأجل وعدمه: أنه لا يمكن من الوطء؛ لأنه على حنث في يمينه.

عياض: فإن اجترأ ووطء سقط عنه الإيلاء، واستؤنف ضربه له، ولا يلزمه استبراء من هذا الوطء متى جاز له تطليقها ومراجعتها؛ للاختلاف في منعه من الوطء في يمين الحنث.

(ص): (**وكذلكَ: إنْ لَمْ أُطلِّقكِ رَأسَ الشَّهْرِ أَلْبَتَّةَ فأنتِ طالقٌ أَلْبَتَّةَ، وقالَ محمدٌ: لَهُ أنْ يُصالِحَ قَبْلَ الشَّهْرِ فلا يَلزمُه إلا طلقةٌ....**)

(**ش**): (**وكذلك**)؛ أي: التنجيز على المشهور لو قال: إن لم أطلقك رأس الشهر ألبتة فأنت طالق رأس الشهر ألبتة. فإنها تطلق عليه ألبتة؛ لأن إحدى البتتين لا بد منها؛ لأنه إن طلقها ألبتة فواضح، وإلا وقعت ألبتة المعلقة، فكان بمنزلة من قال: أنت طالق رأس الشهر ألبتة. وقد تقدم أن ما علق الطلاق على مثل هذا يجعل عليه، ورأى محمد أن له أن **يصالح**؛ أي: يخالع **قبل الشهر** فتبين منه، ثم يراجعها بعد الشهر على ما بقي له من الطلاق.

---

(١) هو أبو محمد، عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار بن عشائر بن شاس الجذامي السعدي المصري المالكي مصنف كتاب " الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة".
سمع من عبد الله بن بري النحوي، ودرس بمصر، وأفتى، وتخرج به الأصحاب، وكتابه المذكور وضعه على ترتيب " الوجيز " للغزالي وجوده ونقحه، وسارت به الركبان، وكان مقبلا على الحديث، مدمنا للتفقه فيه، ذا ورع، وتحر، وإخلاص، وتأله، وجهاد. وبعد عوده من الحج امتنع من الفتوى إلى حين وفاته، وكان من بيت حشمة وإمرة. انظر: سير أعلام النبلاء: ٩٨/٢٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٤.

وقول محمد إنما يتحقق على عدم التنجيز، وإذا تأملته وجدته منتزعا من قول المؤلف في المسألة التي قيست هذه المسألة عليها، وإنما نجز في مثل: إن لم أطلقك فأنت طالق، إذ لا بد له منه، وأما هذه فله الخروج منها عن عقدة اليمين بطلاق غير الطلاق الذي حلف به.

فإن قيل: قول محمد مشكل؛ لأنه لم يقل فيما إذا قال لزوجته ابتداءً: أنت طالق رأس الشهر البتة إن لم يخالع، وهذه المسألة راجعة إلى هذا المعنى كما قررته. قيل: قد يقال في هذه المسألة الحلف: أن للحالف أن يطلب ما حلف على فعله رأس الشهر، فيؤخر لطلب ذلك، وإذا صح له التأخير صحت له المخالعة.

وأما من قال ابتداءً من غير حلف: أنت طالق ألبتة رأس الشهر؛ فلا معنى للانتظار. وفيه نظر.

فإن قيل: لم قررتم الكلام على أن معناه: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق رأس الشهر البتة. وما المانع من أن يكون المراد: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق الآن البتة؟

قيل: لأنه لو كان المراد هذا لما لزم الحالف شيء بوجه؛ لأنه إذا حلف على إيقاع البتة رأس الشهر بوقوع البتة الآن، فله طلب تحصيل المحلوف عليه، وهو إيقاع البتة عند رأس الشهر، فإذا جاء رأس الشهر فله ترك ذلك الطلب، واختيار الحنث كما لكل حالف، فإذا اختاره لم يكن له وقوع الحنث عليه لانعدام زمان البتة المحلوف بها. هكذا قال ابن عبد السلام.

خليل: وما قاله من عدم وقوع الطلاق لمضي زمانه، يأتي على ما قاله ابن عبد الحكم في من قال لزوجته: أنت طالق اليوم إن كلمتُ فلانًا غدًا؛ أنه إن كلمه غدًا فلا شيء عليه؛ لأن الغد الآن مضى، وهي زوجة وقد انقضى وقت وقوع الطلاق.

ومثله لابن القاسم في "الموازية" في من قال لامرأته: إن تزوجتك فأنت طالق غدًا؛ فتزوجها بعد غد: لا شيء عليه، وإن تزوجها قبل غد طلقت عليه، لكن قال أبو محمد: قول ابن عبد الحكم خلاف أصل مالك، والطلاق يلزمه إذا كلَّمه، وليس لتعلق الطلاق بالأيام وجه.

وفي "العتبية": في: أنت طالق اليوم إن دخل فلان الحمام غدًا: لم تكن طالقًا إلا أن يدخل فلان الحمام غدًا، وله وطؤها. نقل ذلك كله عياض في (باب الظهار)، وعلى

هذا تلزمه ألبتة ولو مضى زمانها، وأيضا فالمسألة التي ذكرها المصنف بإثر هذه مما يرد ما قاله ابن عبد السلام؛ لأنه لو كان ما قاله صحيحًا لزم فيما إذا قال: (إن لم أطلقك واحدة بعد شهر، فأنت طالق الآن ألبتة). لا يلزمه شيء لما ذكر، ولا كان يحسن الخلاف في تعجيل الواحدة، فانظره.

(ص): (**وإذا قال: إنْ لَمْ أطلِّقكِ واحدةً بعْد شهرٍ فأنتِ طالقٌ الآن ألبتةَ. ثُم أرادَ تعجيلَ الواحدةِ قبْل الأجَل، فوَقف فيها مالكٌ، وقال أصبغُ: لا يُجْزِئُهُ، وقال محمدٌ: إنْ كانَ القصْدُ غَمَّها به أَجْزَأَهُ....**)

(ش): إذا أراد تعجيل الواحدة قبل الشهر، فقال ابن بشير، وابن شاس كالمصنف: وقف مالك في ذلك.

وقال أصبغ: لا يجزئه؛ لأن المشروط لا يتقدم على شرطه.

أصبغ: فإن طلق، ثم جاء رأس الشهر فلم يطلق واحدة لزمته البته.

ونظر محمد إلى المقاصد، ونص قوله عند اللخمي: وقال محمد: إذا سألته، أو سأله أهلها أن يطلقها في غير هذا الحين، فحلف لهم، ثم عجل الطلقة، لم ينفعه، وإن كان ذلك ابتداءً ليغمها أجزأه.

اللخمي: ولو حلف عند سؤالهم أنه لا يؤخر الطلاق عن رأس الهلال لجاز له أن يعجلها، وهذا إن كانت يمينه ليطلقها رأس الشهر، وأما إن قال: إلى رأس الشهر فليس له أن يعجل الطلقة؛ لأن اليمين إلى غاية يثبت ألا يوقع الطلاق إلى رأس الشهر، فإن أوقعه قبل ذلك وقع الطلاق، ولم يبره المعجل. انتهى.

ولم يتعرض المصنف لحكم هذه المسألة ابتداءً، وإنما تكلم على: أنه هل له تعجيل الطلقة المحلوف على إيقاعها بعد شهر؟ وذكر فيها قولين، هذا إن لم يعد التوقف قولا، وهو الظاهر؛ لأن الوقف ليس فيه حكم، وإن عددناه قولا كان في المسألة ثلاثة أقوال، واعترضه ابن عبد السلام فقال: في قوله (ووقف مالك)، تغيير ونقص: أما التغيير: فنسبته الوقوف لمالك، والواقف هو ابن القاسم، وهكذا ذكره الشيخ أبو محمد، عن " الموازية"، ونص ما ذكره: ومن قال: أنت طالق البتة لا طلقتك في الهلال واحدة. ثم أراد تعجيل الحنث بالواحدة: فوقف فيها ابن القاسم، وقال: لا أرى أن تجزئه، ولو جاء الهلال ولم يطلقها طلقت البتة. ولم يحك عن مالك في هذا الفصل شيئا.

وتأمل قوله: ولا أرى أن تجزئة، فإن كان بأثر الوقف فيكون توقيفه كلا توقف، وإنما تردد في أول نظره، ثم جزم، وإن كان تردده استمر، ثم في زمان آخر جزم صح الوقف.

وأما النقص: فهو أنه لم يذكر، عن ابن القاسم قوله: ولا أرى أن تجزئه. انتهى. وهذا فيه تعسف، والأحسن في مثل هذا تحسين الظن بالمصنف، وحاصل كلامه كشهادة على نفي، وقد ذكر اللخمي: أن ابن القاسم روى، عن مالك التوقف كما قال المصنف، وقد ذكر صاحب " البيان " حكم المسألة ابتداء، فقال: اختلف في قول القائل: امرأتي طالق ثلاثا إن لم أطلقها عند رأس الهلال على ثلاثة أقوال:

أولها لابن القاسم: إن عجل الطلقة التي عند رأس الشهر، لم يلزمه غيرها، وإن أبي وقف، وقيل له: إما عجلت التطليقة الآن، وإلا بانت منك بثلاث. وهذا يأتي على مذهبه في "المدونة[1] " في الذي يقول: امرأتي طالق إن لم أطلقها. أنه يعجل عليه بالطلاق.

والثاني: إنه إن عجل التطليقة التي عند رأس الشهر لم يلزمه غيرها، وإن أبى أن يعجلها، ترك ولم يوقف على الإطلاق، فإن لم يطلق حتى يحل الشهر بانت منه بالثلاث. وهو قول أصبغ، وسحنون.

والثالث: أنه يوقف حتى يأتي الشهر فيبر بالطلاق عنده أو يحنث، وإن عجل التطليقة قبل أن يأتي الشهر، ولم يخرجه ذلك عن يمينه، ولم يكن له بد من أن يطلق عند رأس الهلال، وإلا حنث. وهو قول المغيرة.

(ص): **(وإذا قال: كُلَّما طَلَّقتُكِ فأنتِ طالق. فطلقها واحدةً ففي لزوم اثنين أو ثلاث: قولان، بناءً على إلغاءِ المعلَّق أو اعتبارِه....)**

(ش): لأنه لما طلقها واحدة طلقت عليه أخرى بالتعليق، واختلف هل تلزمه ثلاثة، ينبني على أن فاعل السبب هل هو فاعل المسبب أم لا؟ فإن قلنا: إنه فاعله طلقت عليه ثلاثا، لأنه فعل الأولى وهي سبب للثانية، وإلا لم يلزمه، وهذا معنى قوله: (بناء على إلغاء المعلق أو اعتباره)، والقولان في مسألة المصنف لسحنون، والذي رجع إليه واختاره ولده لزوم الثلاث. وألحق سحنون بـ (كلما) في ما ذكرناه: (إذا ما)، و(متى ما).

(ص): **(أمَّا لو قال كُلَّما وَقَعَ عليكِ طلاقي فأنتِ طالقٌ. وَقَعَتِ الثلاثُ)**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٥.

(ش): لأنه لم يشترط في الطلقة التي هي سبب أن تكون من فعله، فتقع الثانية لوقوع الأولى عليها، والثالثة لوقوع الثانية، ولا خلاف في هذه.

(ص): (**فإنْ كانَ قبْل الدُّخولِ، أو في الخُلْع، فقال سحنون: تَقَعُ واحدةٌ على أصلِه، بناءً على أنَّ المَشروطَ مُقَدَّرٌ بعْد الشرطِ أمْ لا....**)

(ش): يعني: فإن قال لامرأته: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم أوقع عليها طلقة قبل البناء، أو أوقع عليها طلقة بعوض، فقال سحنون: لا يلزمه فيها إلا واحدة بناء على أن المشترط يقع بعد شرطه. ويأتي على أصل غيره لزوم الثلاث، بناءً على أن الشرط والمشروط يقعان معًا.

ونظير هذه المسألة: ما إذا قال: إن خالعتك فأنت طالق البتة. أو قال لعبده: إن قاطعتك فأنت حر. ثم خالعها، أو قاطعه، فقال ابن القاسم: يرد ما أخذ فيهما.

قال في "البيان": وحكى البرقي، عن أشهب: أنه لا يرد فيهما شيئا. وكان عبيد يعجب بها ويقول: إنما رضي بالحنث لما أخذ.

ابن رشد: وكذلك أقول: إنه الصحيح في القياس؛ لأن المشروط إنما يقع بعد شرطه. وكذلك قال: الصحيح في: إن بعتك فأنت حر، أنه لا يلزم البائع عتق.

(ص): (**ولوْ قالَ: متى طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ قَبْلَهُ ثلاثًا. فقَبْلَهُ لَغْوٌ**)

(ش): هذه المسألة تلقب بالسُّرَيْجِيَّة؛ نسبة لابن سُرَيْجٍ الشافعي؛ لقوله هو، وجماعة من أصحاب الشافعي: لا يلزمه شيء.

وما ذكره المصنف نحوه في ابن شاس، وقوله: (فقبْله لغو)؛ أي: فيكون بمنزلة ما لو لم ينطق بـ (قبْله)، فإذا طلقها طلقت ثلاثا، وعلى هذا فترجع إلى المسألة التي قبلها، ويفرق بين قبل البناء وبعده. وهذا مذهب أبي حنيفة.

الطرطوشي في تعليقه: وهو الذي يختاره، فيقع عليه المباشر، وتمام الثلاث من المعلق، لأنه طلاق من مالك صادق ملكه، فوجب أن يقع أصله إذا لم يسبق منه هذا الشرط، واحتج ابن سريج وغيره بأن إثبات الطلاق مؤد إلى رفعه، وكل ما أدى إثباته إلى نفيه فهو منتف من أصله، وذلك لأنها لو طلقت لطلقت قبله ثلاثا، ولو طلقت قبله ثلاثا لم ينفسخ.

ويشهد لهذا مسائل منها: إذا كانت لرجل أمة، فزوجها، وقبض صداقها، وتصرف فيه، ثم أعتقها، وكان الزوج لم يدخل بها، فلا خيار لها، لأن ثبوت الخيار يرفعه؛ إذ لو

اختارت لسقط الصداق، ولو سقط الصداق لبطل عتقها لصيرورة السيد مدينًا، وإذا بطل عتقها بطل خيارها.

ومنها: من زوج عبده من حرة بصداق ضمنه لها، ثم باعها العبد بالصداق قبل الدخول، لا يصح البيع، لأنه لو صح لملكت زوجها، ولو ملكته فسخ النكاح، ولو فسخ لسقط مهرها، وإذا سقط المهر بطل البيع.

ومنها ما وقع لمالك فيمن أعتق عبديه، فادعاهما غيره، فشهد له العبد: أنه قال: لا تقبل شهادتهما، لأنا لو قبلناها لصارا رقيقًا، وبالرق تبطل الشهادة، فلو صحت لبطلت فتبطل.

خليل: ومذهبنا هو الصحيح؛ لأن ما قاله ابن سريج، وغيره مؤد إلى اتخاذ آيات الله هزوًا؛ إذ يلزم عليه أن كل شخص فعل مثل ذلك لا يمكنه الطلاق في البتة، ويبقى يطلق ولا يلزمه، وهو خلاف ما شرعه الله تعالى من الطلاق في حق كل زوج، والله أعلم.

(ص): **(فإِنْ كانَ مُؤجَّلا لَمْ يُمنع)**

(ش): لما قال أولا: (فإن كان نفيًا يمكن دعوى تحقيقه لفعل له غير محرم.... إلى آخره)، وكان مشتملا على قيود، أخذ يتكلم عليها، يعني: **فإن كان الفعل المنفي مؤجلا** كقوله: إن لم أدخل الدار إلى شهر فأنت طالق، لم يمنع منها لأنه على بر؛ لأن القاعدة أن كل من ضرب أجلا فعلى بر إليه، وهذا هو المشهور، وحكى اللخمي قولا آخر بالمنع، والقولان هنا كالقولين اللذين لمالك في (كتاب العتق الأول) من "المدونة[1] " في القائل: أمتي حرة إن لم أفعل كذا، إلى أجل سماه، هل يمنع من وطئها في ذلك الأجل، أم لا؟

(ص): **(وإِنْ كانَ مُحرَّمًا مِثْلَ: إِنْ لَمْ أقتلْ زيدًا. تَنَجَّزَ إلا أنْ يتحقَّق قبْلَ التَّنْجيزِ على المشهورِ....)**

(ش): هذا مقابل قوله أولا: (غير محرم)؛ أي: وإن كان الفعل محرمًا كقوله: إن لم أقتل زيدًا اليوم فأنت طالق، فإنه يتنجز عليه الطلاق، لأنه لا يمكّن من قتل زيد، إلا أن يوقع الحالف الفعل المحرم قبل تعجيل الطلاق، فقد أثم ولا يلزمه الطلاق، وهذا معنى قوله **(إلا أن يتحقق.... إلى آخره)**، والمشهور منصوص في "المدونة[2]"، وغيرها،

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٦. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٦.

وكلامه في "المقدمات " يدل على نفي الخلاف في هذا، وكذلك قال ابن عبد السلام: لست أحفظ الشاذ.

خليل: ويمكن تخريجه مما تقدم في (باب الأيمان)، فيمن حلف ليطأنها، فوطئها حائضًا، هل يبرّ أم لا؟ بناء على المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسًّا أم لا؟

(ص): **(فإنْ لمْ يُمْكنْ دعْوى تحقيقِه، مِثْلَ: إنْ لمْ تُمطِر السماءُ غدًا. طَلُقَتْ ناجزًا على المشهور؛ لأنَّ هذا مِن الغيبِ، بخلافِ ما تقدَّم إذْ يدَّعي معرفتَهُ والقُدْرةَ عليه....)**

(ش): هذا مقابل قوله أولا: (يمكن دعوى تحقيقه)؛ أي: وإن لم يمكن دعوى تحقيقه، مثل: إن لم تمطر السماء غدا، أو إلى شهر، أو إن لم تمطر في الشهر الفلاني. طلقت ناجزًا على المشهور.

اللخمي: وقيل: لا يحنث حتى ينظر ما يكون غدًا، ولابن القاسم في الواضحة قول ثالث في كل من حلف بطلاق على شيء لا يدري أحق هو أم باطل؛ مثل أن يقول: إن لم تكن مطرت الليلة بالإسكندرية. وهو بالفسطاط، أو: إن لم تمطر غدا؛ فإنه إن رفع إلى السلطان طلق عليه، ولا يؤخره، وإن لم يرفع حتى وجد ذلك الشيء حقًّا لم يكن عليه شيء في يمينه.

وقال أصبغ: إن قال: إن مطرت السماء غدًا؛ فلا شيء عليه الآن حتى تمطر. قال: وهو بمنزلة من قال: إن قدم فلان غدًا فأنت طالق.

اللخمي: يريد: لأنه عنده على بر، وعلى أصله إن قال: إن لم تمطر غدًا؛ تطلق عليه لأنه على حنث، وهذا موافق للمشهور، وليس هو رابع لأن المشهور يوافق في البرِّ على عدم التنجيز، كذلك بين في "الواضحة " في إذا مطرت، أو إن ولدت جارية، وكذلك ساق عياض ما في "الواضحة " تقييدًا، ثم إن هذا الخلاف إنما هو إذا قيَّده بأجل قريب كما ذكرنا، وأما إن قال: إن لم تمطر. ولم يقيد، فلا شيء عليه.

اللخمي: وسواء عمم، أو سمَّى بلدًا؛ لأنه لا بد أن تمطر في زمن ما، وكذلك إذا ضرب أجل عشر سنين، أو خمس سنين، وقيد بعض الشيوخ وقوع الطلاق على من قال به بما إذا لم يكن يحلف لعادة، وأما إن حلف على ذلك لعادة له، وعلامات عرفها واعتاد بها ليس من جهة الحرز وتأثير النجوم عند من زعمها لم يقع الحنث حتى يكون ما حلف عليه، ويحتج عليه بقوله عليه السلام: "إِذَا أَنْشَأَتْ بَحْرِيَّةً، ثُمَّ تَشَاءَمَتْ؛ فَتِلْكَ

عَيْنٌ غُدَيْقَةٌ"[١].

وقوله: (لأنَّ هذا مِن الغَيْبِ.... إلى آخره) جواب عن سؤال تقديره: ما الفرق بين هذا على المشهور من أنه ينجز الطلاق، وبين ما تقدم في: أنه لا يتنجز الطلاق؟ وتقرير الجواب أن هذا حالف على الغيب، فأمره دائر بين الشك والهزل، وكل منهما موجب للحنث على المذهب، بخلاف ما تقدم، لأنه يمكن معرفته بمقتضى العادة، وهو قادر على فعله.

(ص): **(فإنْ لـمْ يُمْكِنِ الاطِّلاعُ عليه، مِثْلَ: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللهُ. طُلِّقَتْ، وكذلكَ الملائكةُ، والجِنُّ، على الأَصَحِّ، بِخلافِ: إنْ شاءَ زَيْدٌ....)**

(**ش**): وهذا أيضا مقابل قوله: (لم يمكن الاطلاع عليه)، يعني: وإن لم يمكن الاطلاع مثل: أنت طالق إن شاء الله، طلقت ناجزًا لما تقدم في (باب الأيمان): أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين بالله لا طلاق، ولا عتاق. قوله: (وكذلك الملائكة والجن)، ولعل الخلاف بين الأصح ومقابله مبني على الخلاف في الشك.

وقوله: (بخلاف إن شاء زيد)؛ أي: فلا تطلّق عليه حتى يشاء زيد ذلك. وانظر هل ذلك من باب التمليك، فيزول من يد من جعل بيده بانقضاء المجلس، أم لا؟

(ص): **(فإنْ قالَ: إلا أنْ يشاءَ زيدٌ. فَمِثْلُ إنْ شَاءَ. على المشهور)**

(**ش**): يعني: إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد. فهو بمنزلة ما إذا قال: أنت طالق إن شاء زيد. على المشهور، فلا تطلق عليه حتى يشاء زيد؛ لأن الطلاق موقوف على مشيئته، ورأى في الشاذ لزوم الطلاق، والفرق: أن الكلام في صورة الثانية اقتضى وقوع الطلاق إلا أن يشاء زيد رفعه بعد وقوعه، والطلاق بعد وقوعه لا يرتفع، بخلاف

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (٤٤٩) مرسلا.

وقال ابن الصلاح في وصل بلاغات الموطأ: أَنْبَأَنَا الشَّيْخُ الْمُسْنِدُ الْمُعَمَّرُ أَبُو حَفْصٍ عُمَرُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُعَمَّرِ، قَالَ: أَنْبَأَنَا الْوَزِيرُ أَبُو الْقَاسِمِ عَلِيُّ بْنُ طِرَادِ بْنِ مُحَمَّدٍ الزَّكِيُّ بْنُ الْهَاشِمِيِّ، قِرَاءَةً عَلَيْهِ، عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَاصِمِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْعَاصِمِيِّ، قَالَ: أَنْبَأَنَا أَبُو عَلِيٍّ الْحُسَيْنُ بْنُ صَفْوَانَ الْبَرْذَعِيُّ، قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْقُرَشِيُّ بْنُ أَبِي الدُّنْيَا -، قَالَ: نا مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ -، قَالَ: نا عَبْدُ الْحَكِيمِ بْنُ عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي فَرْوَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ عَوْفَ بْنَ الْحَارِثِ، يَقُولُ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، تَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم، يَقُولُ: "إِذَا أَنْشَأَتْ بَحْرِيَّةً، فَتِلْكَ عَيْنٌ أَوْ قَالَ: عَامٌ غُدَيْقَةٌ " يَعْنِي: مَطَرًا كَثِيرًا رواه الثقة ابن أبي الدنيا في كتاب المطر له، وفيه استدراك على الحافظين حمزة بن محمد، وابن عبد البر، وليس إسناده بذاك لمكان محمد بن عمر، والظاهر أنه الواقدي.

الصورة الأولى، فإن وقع الطلاق فيها مشروط بالمشيئة، ومن هذه المسألة ما وقع لأصبغ في من قال: أنت طالق إلا أن يمنعني أبي. فيمنعه، فلا شيء عليه. واستشكله بعضهم؛ لأن الطلاق بعد وقوعه لا يرتفع بإرادة أبيه، إلا أن يريد التعليق.

(ص): **(بِخِلافِ: إلا أنْ يَبْدُوَ لي. على الأشهَرِ)**

(ش): يعني: فإنه إذا قال: أنتِ طالقٌ إلا أن يبدو لي. يقع عليه الطلاق على الأشهر. ورأي مقابل الأشهر عدم اللزوم كالمشهور في إلا أن يشاء زيد، والفرق: للأشهر قوة التهمة في: إلا أن يبدو لي، بخلاف إلا أن يشاء زيد، فإنه لا يتهم على ذلك.

وقول ابن عبد السلام: في الفرق؛ لأن (إلا أن يشاء زيدٌ) يمكن رده إلى الشرط، (بخلاف إلا أن يبدو لي) ليس بظاهر، لأنه كما يرد إلا أن يشاء زيد، كذلك يمكن رد إلا أن يبدو لي. إلى: إن بدا لي.

ابن راشد: ولم أقف على القول بعدم اللزوم في: إلا أن يبدو لي، وهو بعيد في النظر. انتهى.

وصرح في "البيان" بنفي الخلاف في هذا، وكذلك صرح بنفيه في أنه ينفعه إذا قال: امرأتي طالق إن فعلت كذا وكذا إلا أن يبدو لي. أو غير ذلك.

(ص): **(كالنّذرِ والعِتْقِ فيهِما)**

(ش): أي: في (إلا أن يشاء زيد) و(إلا أن يبدو لي)، فإذا قال على هذي: إلا أن يشاء زيد. توقف اللزوم **على** مشيئته على المشهور، وإذا قال: على هذا، أو عتق عبدي فلان، إلا أن يبدو لي. لزمه على الأشهر.

ويحتمل أن يريد بقوله: (فيهما): مشيئة الله تعالى، ومن لا تعلم مشيئته كالملائكة.

(ص): **(وفُرّق بينَ الطلاقِ واليَمينِ باللهِ بأمرَينِ: أحدُهما: أنَّ لِلفظِ الطلاقِ بمُجرَّدِه حُكْمًا قد شاءه اللهُ، فلا يُقبَلُ التعليقُ عليها لِتَحَقُّقِها، فلا يرتفعُ، بخلاف لفْظ اليَمينِ. والثاني: أنَّه متحقق فكان كاليمين على الماضي....)**

(ش): لما ذكر أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في **الطلاق**، وقد تقدم له أن ذلك يفيد في اليمين بالله تعالى، وكان للأصحاب في الفرق بين ذلك طريقان، أراد أن يذكرهما:

الطريق الأول: أن لفظ الطلاق جعله الله سببًا لحلِّ العصمة، فحيث ما وجد ذلك السبب ترتب عليه مسببه، فلا **يقبل** التعليق؛ لأن المتعلق على الشيء ينعدم عند عدم

الشيء، وذلك الشيء هنا لا يقبل العدم؛ لأنه حكم شرعي وجد سببه، بخلاف لفظ اليمين فإنه لا يوجب فعل ما حلف عليه، بل خيره فيه وفي تركه، والإتيان بالكفارة تارة ومنعه تارة.

والطريق الثاني: للبغداديين: أن الطلاق لما كان موجبا لحل العصمة لزم أن يقع الطلاق إذا تلفظ بلفظه، وإذا وقع فلا يصح فيه الاستثناء؛ لأنه بمنزلة من حلف بالله تعالى على ما مضى. وهذا إذا تأملته هو في الحقيقة راجع إلى الأول، ويرد عليه: أنه لو كان كما قالوه من تحقيق وقوع الطلاق بالتلفظ بالصيغة، لزم الطلاق فيما إذا قال: أنت طالق إن شاء زيد. وهذا خلاف الاتفاق، وإذا قبل الطلاق والتعليق بمشيئة زيد ونحوها، وجب أن يقبله في مشيئة الله تعالى.

وأيضا فإن قوله: (أن للفظ الطلاق بمجرده... إلى آخره) إن أراد بقوله: (قد شاءه اللهُ)؛ أي: حكم به، فصحيح، ولكن لما قلتم إنه لا يقبل التعليق؟ فإن هذا لم ينص الشرع عليه، وإلا أومئ إليه، وإن أراد: أن كل ما حكم الله قد شاءه، فليس بصحيح، وهو خلاف مذهب أهل السنة؛ لأن الأمر عندهم لا يستلزم الإرادة، لا يقال: إنما قلنا: يقبل التعليق في مشيئة زيد ونحوها؛ لإمكان الاطلاع على مشيئته، بخلاف مشيئة الله تعالى فإنا لا نطلع عليها؛ فلذلك أوقعنا الطلاق. لأنا نقول: لو عكس هذا لكان أولى؛ لأن مشيئة الله تعالى واجبة النفوذ؛ فلذلك كل معدوم وجد نعلم أن الله تعالى أراده، وكل ما لم يوجد نعلم أن الله تعالى لم يرده.

وأن مشيئة غيره فلا تعلم؛ لأن غايته أن يخبرنا، وخبره إنما يفيد الظن، وفرق ابن المنير - على ما نقله ابن راشد، عنه - بين الطلاق وغيره بأن الأصل في اليمين بالله تعالى والطلاق اللزوم، وإن كان واحد منهما لا ينحل بالاستثناء بالمشيئة، خالفنا الأصل في اليمين بالله للحديث الوارد فيه، فيبقى الطلاق على أصل اللزوم.

المازري: وتحقيق قوله: إن شاء الله؛ إن أراد بذلك: إن شاء الله إيقاع هذا اللفظ مني؛ لزمه الطلاق عند أهل السنة، وإن أراد: إن شاء الله لزوم الطلاق للحالف به؛ فيلزم قولا واحدًا، وإن أراد: إن شاء الله طلاقك في المستقبل فأنت طالق الآن؛ فيجري على الخلاف في تعليق الطلاق في المشكوك في وقوعه.

وإليه أشار مالك رضي الله عنه بقوله:علَّق الطلاق بمشيئة من لا يعلم مشيئته.

وإن قصد بقوله: إن شاء الله: إلزامَ الطلاق مع الاستثناء؛ فهو من أشكل الوجوه،

والحق فيه أن يرجع إلى خلاف الأصوليين: هل لله تعالى في الفروع حكم مطلوب، ونحن غير عالمين به؛ فيرجع إلى القول الثالث، وهو تعليق اليمين بالمغيبات، أو ليس له حكم؟ بل كل مجتهد مصيب؛ فيكون الحق في المسألة معلقا باجتهاد المفتي.

(ص): (**فإنْ صَرَفَ مَشيئةَ اللهِ تعالى إلى مُعَلَّقٍ عليه مِثل: أنتِ طالقٌ لأَدْخُلَنَّ الدارَ، أو إنْ دخلت الدار إنْ شاءَ اللهُ، لمْ يُفِدْ على الأصحِّ، وقال ابنُ الماجِشونِ، وأصبَغُ: يُفِيدُ.....**)

(ش): لما ذكر أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد إذا ادَّعاه على الطلاق، تكلم على ما ادعاه على الفعل الذي علق عليه الطلاق، وذكر أن الأصح لا يفيده. وهو قول ابن القاسم.

ابن عبد السلام: وهو المشهور، ويلزمه الطلاق إن لم يدخل إذا كانت يمينه على حنث بانعدام الدار مثلا، أو إنْ دَخَلَها إن كانت يمينه على بر.

واختار جماعة قول ابن الماجشون[1]، حتى زعم ابن رشد: أنه هو الجاري على مذهب أهل السنة، وأن المشهور إنما يجري على مذهب القدرية، لأن معنى قوله: أنت طالق لأدخلن الدار إن شاء الله: إذا صرف المشيئة إلى الدخول هو: إن امتنعت من الدخول بمشيئة الله فلا شيء عليه.

وكذلك قوله: امرأتي طالق إن دخلت الدار إن شاء الله. هو إن شاء الله دخولي الدار فلاشيء عليه، وقد علم من مذهب أهل السنة: أن كل واقع في الوجود هو بمشيئة الله تعالى، فامتناعه إذا من الدخول أو عدمه هو بمشيئة الله، فلا يلزمه طلاق؛ لأن ذلك هو الذي التزمه.

أما من قال بلزوم الطلاق فمقتضى قوله: أن بالفعل المعلق عليه الطلاق قد فعله، والله تعالى لا يشاء أن يفعله. قال في "المقدمات": وذلك مستحيل إلا على مذهب القدرية، فعلى قول ابن القاسم في قوله أن الاستثناء لا ينفعه، وأن صرفه إلى الفعل درك عظيم.

وأشار صاحب " الذخيرة " إلى أنه لا ينبغي أن يختلف في صحة كلام ابن الماجشون، وذلك بعد أن قرر قاعدة، وهي: أن الأسباب منها ما لم يكله الله إلى خلقه

---

(١) هو أبو مروان، عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، كان فقيها فصيحا، دارت عليه الفتوى. انظر: المدارك: ١/٢٠٧.

كالزوال. ومنها ما وكله الله إلى خلقه، فإن شاءوا جعلوه سببًا وإلا فلا، وهو التعليقات كلها، فدخول الدار ليس سببا لطلاق امرأة، ولا لعتق عبد في أصل الشرع، إلا أن يريد المكلف ذلك، فيجعله سببًا للتعليق.

وكل ما وكل للمكلف سببيته لا يكون سببًا إلا بجزمه، وإذا تقرر هذا، فإذا عاد الاستثناء إلى الفعل المعلق عليه كان معناه: أن ذلك الفعل المعلق عليه لم أجزم بجعله سببًا للطلاق، بل فوضت سببيته إلى مشيئة الله تعالى، إن شاء جعله سببًا وإلا فلا، وعلى هذا التقدير لا يكون الفعل سببًا، ولا يلزمه شيء إجماعًا، ولا يمكن أن يخالف ابن القاسم في هذا، ولكن ساق صاحب " المقدمات " قول ابن الماجشون على أنه خلاف.

وقرر ابن عبد السلام مذهب ابن القاسم بأن قال: يمكن أن يقال إن دخول الدار وعدمه المعلق عليهما، لمَّا كانا لا يخرجان على المشيئة، ولا واحد منهما، فذكر المشيئة لا يعيد، لأنه لم يقصد به التبرك كما في اليمين، ولا في حلِّ اليمين؛ لأن الطلاق لا ينحل بها كما مر، ولا إخراج بعض المعلق عليه؛ لأن جميعه داخل تحت المشيئة، كما هو مذهب أهل السنة، فلم يبق إذًا في ذكرها هنا فائدة، فيكون الحكم مع ذكرها كالحكم مع عدم ذكرها، فوجب ترتب الطلاق على عدم الدخول في قوله: لأدخلن، وعلى الدخول في قوله: لا دخلت.

خليل: وفي كلام القرافي ما هو جواب عن هذا، وهو: أن يقال: إنما معنى ذكر المشيئة هنا: أن الفعل المعلق عليه لم أجزم بكونه سببًا، بل فوضت سببيته إلى الله تعالى.

(ص): **(أمَّا لو قال في معلَّقٍ عليه: إلا أنْ يبدوَ لي. فذلك له)**

(ش): كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، أو إن لم أدخل الدار؛ إلا أن يبدو لي. لأن معناه حينئذ: إن لم أصمم على جعل الدخول أو عدمه سببًا، بل الأمر موقوف على إرادتي في المستقبل؛ فلهذا نفعه، لأن كل سبب وُكِل إلى إرادته لا يكون سببًا، إلا بتصميمه على جعله سببًا.

(ص): **(وإنْ علَّقه على حالٍ واضحةٍ بَعْدَ المُعلَّقِ فيها هازلا، مثلَ: إن لم يكن هذا الإنسان إنسانًا، وهذا الحجر حجرًا. حَنِثَ لهزله، كما لو قال: أنتِ طالقٌ أَمْسِ)**

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ التي رأيتها، وعلل المصنف الحنث بهزله، وهو

ظاهر، ولا يمكن أن يكون وقوع الطلاق هنا لتحقق المحلوف عليه؛ فإن المعلق عليه هنا الطلاق هو نفي الإنسانية، ونفي إنسانية الإنسان عنه لا يمكن، فلو كان الوقوع للتحقق لم يقع طلاق، وقول ابن عبد السلام: يمكن أن يكون وقوع الطلاق هنا لتحقق المحلوف عليه ليس بظاهر، ولعل الواقع في نسخته: (إن كان هذا الإنسان إنسانًا) بإسقاط حرف النفي، ولهذا قال: وإذا اقترن بالكلام ما يدل على أن المراد، وهو تمام الأوصاف الإنسية كالكرم والشجاعة وغير ذلك، وكون الحجر صلبا بحيث لا يتأتى للحديد، فعلق المتكلم على وجود هذه الأوصاف، أو عدمها، فلا يحصل الطلاق إلا بحصول الشرط.

وقوله: (كما لو قال: أنت طالق أمْس)؛ أي: فيلزم، وهذا أيضا متردد بين الهزل والإخبار، لأن ما يقع الآن يستحيل أمس، فيكون هذا الاعتبار هازلا، ويحتمل أن يريد به الإخبار؛ أي: أخبر أنه طلق أمس، فيلزم أيضا الطلاق.

(ص): (**فإنْ كانت لا تَعْلَمُ حالا ومآلا طُلِّقَتْ**)

(**ش**): أي: فإن كانت الصفة المعلق عليها الطلاق (لا تعلم حالا ومآلا طلقت)، كما لو قال: إن لم يكن خلف جبل قاف كيت وكيت. أو إن لم يكن في وسط البحر المالح كيت وكيت فأنت طالق.

وكما لو حلف أن فلانًا من أهل الجنة، أو النار، فأنت طالق. أعني: في غير الذين ثبت لهم ذلك.

ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف في قوله: أنت طالق إن شاءت الملائكة، أو الجن.

(ص): (**وإنْ أَمْكَنَ حالا وادَّعاهُ دُيِّن**)

(**ش**): كما لو قال ليلة تسع وعشرين والسماء مغيمة: علي الطلاق إن لم أكن رأيت الهلال. وقوله: (دُيِّن)؛ أي: وُكل إلى دائنه، وحَلَفَ إن رفع إلى الحاكم.

وتفسير ابن عبد السلام: قوله: (دُيِّن): فيحلف، ليس بظاهر؛ لأن النظر في الأيمان تختص بالأحكام.

(ص): (**وكذلك لو حَلَفَ اثنانِ على النقيضِ فيهما، مثلَ: إنْ كانَ هذا غُرابًا، وإنْ لمْ يكنْ؛ فإنْ لمْ يدَّعِ يقينًا طُلِّقَتْ على الأصَحِّ....**)

(**ش**): يعني: لو حلف شخصان (على النقيض)؛ أي: حلف كل منهما على نقيض

ما حلف عليه صاحبه، (فيهما)؛ أي: فيما لا يعلم حالا ومآلا، أو ما يعلم حالا، ومثل المصنف بمثال واحد؛ إما لأنه رآه صالحا للصورتين؛ فإنه إذا حلف أحدهما بالطلاق أنه غراب، والآخر ليس بغراب، فإن كان الطائر لا يعرف لبعده حنثا، وإن كان قريبًا بحيث يمكن كل منهما أن يدَّعي يقين ما حلف عليه الآخر صُدِّقا، وهكذا قال ابن راشد، وإما لأنه مثل ما يمكن حالا، وسكت عن تمثيل الذي لا يمْكن حالا ومآلا، فيكون مثاله كما لو حلف شخص بالطلاق أن فلانا من أهل الجنة، وحلف غيره أنه من أهل النار.

وقوله: (فإن لم يدَّعِ يقينا).

ابن راشد: أي: وإن لم يدَّع كل واحد منهما أنه حلف على يقينه، وإنما حلف على ما يظن أو يشك، حنث على الأصح، والقول بعدم اللزوم مشكل.

ابن راشد: ولا يبعد ما نقله المصنف عن أصول المذهب، وعكس بعضهم النقل فأتى بما ظاهره العكس، أعني: أنه جعل القولين فيما إذا جزم كل واحد من الحالفين بصحة ما حلف عليه، وإن لم يجزما لزمهما الطلاق، وأجمل بعضهم النقل، وأتى بما يدل على أن المسألة مختلف فيها من حيث الجملة، وكأن المصنف اختصر "المدونة[1]"، ونصها: ومن قال لرجل: امرأتي طالق، لقد قلتَ كذا. وقال الآخر: امرأته طالق إن كنت قلته؛ فليدينا ويتركا إن ادعيا يقينًا. واختلف قول مالك خارج "المدونة": هل يحلفان، أم لا؟

وبني ذلك على الخلاف في توجيه يمين التهمة، قيل: ومحل الخلاف إذا رفع الأمر إلى الحاكم، وأما لو جاءا مستفتيين فلا وجه لليمين، ونظير هذه المسألة في (العتق) من "المدونة[2] " في العبد بين الشريكين، فقال أحدهما: هو حر إن كان دخل المسجد. وقال الآخر: هو حر إن كان لم يدخل: فليدينا ويتركا إن ادعيا يقينًا، فإن شكَّا عتق عليهما بغير قضاء.

وقال غيره بالقضاء، فإن قيل: كيف جرى الخلاف هنا في الشك، وقد تقدم في (باب الصيد والذبائح): أنه متى شك هل مات من الذكاة أو غيرها لم يؤكل بالاتفاق، وإنما الخلاف في الظن؟ قيل: لأن الأصل هنا استمرار النكاح، بخلاف ما ذكرت.

أما لو كان لرجل امرأتان، فرأى طائرًا، فقال: إن كان هذا غرابا فزينب طالق، وإن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٨.

لم يكن غرابا فعزة طالق؛ والتبس عليه الأمر، وتعذر التحقيق طلقتا عليه، وكان ذلك كاختلاط الميتة مع الذكية. قاله بعضهم.

(ص): (**وفيها: إنْ قال: فعلتُ، ثم قال: كنتُ كاذبًا صُدِّقَ بيَمينٍ**)

(**ش**): مثاله لو قال لزوجته: تزوجت، أو اشتريت جارية. ثم حلف لامرأته: إن كنت فعلت ذلك فأنت طالق. ثم قال: كنت كاذبا في قولي أولا. لم يلزمه الطلاق؛ لأن كلامه أولا لامدخل له في الطلاق. قوله: (صُدق بيمين)؛ أي: يحلف: أنه كان كاذبًا؛ وإنما حلف لأن كلامه أولا يوجب التهمة.

(ص): (**بخلاف ما لو قال بعد اليمين: فعلتُه. فإنه يُقضى عليه**)

(**ش**): كما لو حلف بالطلاق لا يدخل الدار، ثم قال: دخلتها؛ لزمه الطلاق، وقضى عليه به؛ لأنه أقر بانعقاد اليمين، وأقر بعد ذلك بالحنث، قالوا: ولو شهد عليه شهود بأنه فعل كذا، فحلف بالطلاق: لقد كذبوا في ذلك، لم يلزمه الطلاق؛ لأنه حلف على رد قولهم. وفيه نظر، قالوا: ولو شهد عليه غيرهما: أنه فعل ذلك الفعل فإنه يحنث، وقالوا: لو شهدت بينة: أنه وجد منه ريح الخمر، فحلف بالطلاق ما شربها لم يحنث.

(ص): (**ولا يَسَعُ زَوْجتَه إنْ علمَتْ إقرارَه المُقامُ إلا كُرْهًا إنْ بانتْ، كمَن علمَت أنها طُلِّقَتْ ثلاثًا ولا بَيِّنةَ لها؛ إذْ لا ينفعُها مُرافعَتُه....**)

(**ش**): المسألة متصلة بالتي قبلها في "المدونة[1]"، كما هنا، ففيها: فإن كان علم أنه كاذب في إقراره عندهم بعد يمينه حلَّ له المقام فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يسع امرأته المقام معه إن سمعت إقراره هذا إن لم تجد بينة، ولا سلطانا، فهي كمن طلقت ثلاثا ولا بينة لها، فلا تتزين له، ولا يرى لها شعرًا ولا وجهًا إن قدرت، ولا يأتيها إلا كارهة، ولا تنفعها مرافعته، ولا يمين عليه إلا بشاهد.

وقوله: (إلا كُرهًا) معناه: مكرهة، وهو أحسن من قوله في "المدونة[2]": كارهة؛ إذ لا ينفعها كراهة إتيانه فيما بينها وبين الله تعالى، وإنما ينفعها أن تكون مكرهة، ولتبعد منه بما قدرت عليه، وإن قدرت على ضربه إذا أرادها فلتفعل، وهو كالعادي والمحارب.

وقال سحنون: لا تقتله ولا تقتل نفسها. واختاره بعض الشيوخ، واعترض قياس ابن المواز بأن شرط القياس أن يثبت في الفرع مثل حكم الأصل، والمثلية هنا غير

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٠٩.

حاصلة، لأن الحكم في الحرابة التخيير بين ممانعة المحارب أو تسليم المال له، والحكم هنا متحتم الممانعة، ولأن قتله إما أن يكون قبل الوطء، وهو لا يجوز لعدم حصول موجب الحد، أو بعده وذلك لا يجوز لها أيضا، لأن الواجب عليه الحد وذلك للأئمة، وأجيب عن الأول بأن مراد محمد الاستدلال الذي هو محاولة الدليل عن القواعد الشرعية، لا حقيقة القياس، وذلك لأن حرمة الفروج أقوى من حرمة المال، وإذا جازت المدافعة في الأضعف ففي الأقوى أولى.

وعن الثاني باختيار أن لها القتل قبل الوطء إذا لم يمكنها دفعه إلا بذلك، كما لو أراد قطع عضو منها.

ابن عبد السلام: وأجاب بعضهم عن كلام ابن المواز أيضا بأنه مبني على أحد القولين في تقييد المنكر بالقتل، وفيه نظر. والله اعلم.

(ص): (**فإنْ أَمكنَ مآلا مثلَ: إنْ كنتِ حاملا. أو: إن لم تكوني حاملا فأنت طالق. فقال مالك: هي طالق؛ لأنه لا يدري أحامل هي أم لا؟** وقيل: **إنْ أَنْزَلَ وُقِفَتْ فيهما، وإلا خُلِّيَ في الأولى، وطُلِّقَتْ في الثانية....**)

(ش): يعني: وإن طلق الطلاق على صفة يمكن الإطلاع عليها في المآل، وذكر اللخمي في هذه المسألة أربعة أقوال، فقال: إن قال لها: إن كنت حاملا فأنت طالق، وإن لم تكوني حاملا فأنت طالق. فإن كانت في طهر لم يمس فيه، أو مس ولم ينزل، كان محملها على البراءة، فإن قال: إن كنت حاملا لم تطلق. وإن قال: إن لم تكوني حاملا طلقت.

وكذلك إن كان يعزل لأن الحمل نادر. واختلف إذا أنزل ولم يعزل على أربعة أقوال، قال مالك في "المدونة[1]": هي طالق مكانها؛ لأنه في شك من حملها، وسواء قال: إن كنت حاملا، أو: إن لم تكوني حاملا.

وفي "الواضحة": لا يقع عليها طلاق إلا أن يوقعه الحاكم. وقال أشهب: لا شيء عليه الآن، ويؤخر أمرهما حتى تنظر هل هي حامل أم لا. وفرق أصبغ بين أن يكون على برٍّ أو حنثٍ، وقال إن كنت حاملا لم يقع الطلاق؛ لأنه على بر حتى يعلم أنها حامل، وإن قال: إن لم تكوني حاملا عجل الطلاق لأنه على حنث.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٠.

واختار اللخمي قول أشهب، والقول الثاني من كلام المصنف هو قول أصبغ؛ إلا أنه زاد: إن أنزل وقفت فيهما، أي في الصورتين. لكن في كلام المصنف مخالفة للخمي؛ لأن المصنف إنما ذكر القول الثاني إذا لم ينزل، واللخمي ذكره إذا أنزل. والله أعلم.

(ص): (**وإذا وَقَفَتْ فمات أحدُهما فثالثُها: تَرِثُه، لا يَرِثُها**)

(**ش**): يعني: إذا فرعنا على مذهب "المدونة[1]" من التخيير فلا ميراث، وإن فرعنا على القول بالوقوف، أو على افتقاره إلى حكم حاكم، فمات أحدهما، فقيل يتوارثان.

ابن عبد السلام: وهو الأصح استصحابًا لحال الزوجية؛ لأن الطلاق لم يقع إلى الآن، بل وقوعه متعذر لأجل الموت.

والقول الثاني: إنهما يتوارثان؛ لحصول الشك في العصمة.

والثالث لسحنون: ترثه، ولا يرثها؛ لأنه مرسل العصمة من يده بسبب يمينه. وفيه نظر؛ لأن الشك إن نهض مانعًا منع الجانبين، وإلا لم يمنع منهما. وقيد اللخمي قول سحنون بما إذا تبين له أنه كان بارًّا، قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت يمينه بالثلاث، ولو كانت اليمين بطلقة توارثا بالاتفاق؛ لأنه وإن كان حانثا فهو طلاق رجعي.

(ص): (**ومِثْلُهُ: إنْ كانَ، أوْ إنْ لمْ يكنْ في بَطْنِكِ غُلامٌ. في التَّنجيزِ والوُقوفِ**)

(**ش**): أي: فيأتي الخلاف المتقدم، قوله: (والوقوف) يعني: وعلى الوقوف تأتي الأقوال في الميراث كما تقدم، وسكت عن ذلك للعلم به.

وقول ابن عبد السلام: إنما أراد التشبيه في التنجيز والوقوف، ولو أراد الإرث لقال: والإرث ليس بظاهر. وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول.

فرع:

إذا قال: إن وَلَدْتِ ولدًا فأنت طالق اثنتين. فولدت ولدين، طلقت بالأول، وانقضت عدتها بالثاني. ولو قال: كلما ولدت ولدًا فكذلك.

ابن سحنون، عن أبيه: وإن قال: إن كان حملك جارية فأنت طالق واحدة، وإن كان غلامًا فأنت طالق اثنتين. فولدت غلامًا وجارية، فإن ولدت الغلام أولا طلقت اثنتين، وتنقضي العدة بوضع الجارية، ولا يلزمه بوضعها، وإن ولدت أولا الجارية لا يلزمه إلا طلقة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٠.

(ص): (وفي مِثْلِ: إنْ كنتِ تُحِبِّينِي، أو: إنْ كنتِ تُبغضِينِي؛ يُؤمر بفراقِها، وثالثُها: إنْ أجابتْه بما يقتضي الحِنْثَ حَنِثَ، ورابعُها إنْ أجابتْه وصَدَّقَها)

(ش): اعلم أنه لا خلاف في أمره بالفراق، صرح بذلك ابن بشير، وابن شاس، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف، وإنما اختلف هل الأمر مع الجبر، أم لا على أربعة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر.

واختلف هل مذهب "المدونة[1] " عدم الجبر مطلقًا، أو التفصيل بين أن تجيبه بما يقتضي الحنث فيجبر، وبين ما لا يقتضيه فلا يجبر؟ وما ذكره المصنف من تعميم الخلاف هي طريقة بعضهم، وجعل بعضهم الثالث تفسيرًا للأولين، ورأى بعضهم أنه لا يختلف في الجبر إذا أجابته بما يقتضي الحنث، وإنما اختلف إذا أجابته بخلافه.

قال عبد الحميد: إن قصد لفظها فلا طلاق عليه إن جاوبته بما لا يقتضيه، وإن قصد ما في قلبها فهو من باب وقوع الطلاق بالشك فيأتي الخلاف.

خليل: وينبغي إن ظهر من قرائن أحوالها بغضه، أو محبته، أن يعمل عليه، وإن لم يظهر شيء فيكون محل الخلاف.

(ص): (وإذا شَكَّ أطلَّقَ أم لا، مِن غيرِ أنْ يَسْتَنِدَ إلى أصلٍ لمْ يُؤْمَرْ)

(ش): فهم من قوله: (لم يؤمر). عدم الجبر من باب الأولى، وحكى صاحب "البيان"، وعياض: الاتفاق على عدم الجبر هنا. وحكى التونسي في حنثه قولين، وخرج اللخمي الحنث على القول بوجوب الوضوء في حق من تيقن الطهارة وشك في الحدث، قال: وعلى القول بأن الوضوء مستحب يؤمر هنا بالفراق استحبابًا، وفرق غيره بين الشك في الطلاق والحدث بفرقين:

أولهما: عظم المشقة الناشئة عن الطلاق لو أمر به، ويسارتها في الوضوء.

ثانيهما: أن المشكوك فيه يجب طرحه، فالشك في الوضوء شك في المشروط، وذلك يمنع من الدخول في الصلاة. والشك في الطلاق شك في حصول المانع من استصحاب العصمة، فيطرح المانع.

(ص): (فإنِ استَنَدَ كَمَن حَلَفَ، ثُمَّ شَكَّ في الحِنْثِ وهو سالِمُ الخاطِرِ، حَنِثَ على المشهورِ)

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١١.

(ش): يعني: أن الشك إذا استند إلى سبب أقوى منه؛ لأنه إذا لم يستند جرى مجرى الوسوسة، ومثل المستند بمن حلف ثم شك.

ابن عبد السلام: وفي مثاله نظر، وليس مراد العلماء بالسبب هذا المعنى؛ لأنه لا يلزم من وجود اليمين حصول الشك؛ لأن من حلف بالطلاق لا يدخل زيد داره، ثم شك هل دخل زيد داره أم لا؟

فهذا من الشك الذي لا يؤمر فيه بطلاق، وإن رأى إنسانًا دخل تلك الدار، وشبهه بزيد، ثم غاب ذلك الإنسان بحيث يتعذر تحققه، هل هو المحلوف على الدخول أم لا؟ ففيه الخلاف، والمشهور عند أبي عمران وجماعة من الشيوخ كما ذكر المصنف، والمشهور عند الشيخ أبي محمد الأمر من غير جبر.

اللخمي: وهو المعروف، وهو الذي في الخلاف، ونقله في "الواضحة"، عن مطرف، وابن الماجشون، وابن القاسم.

واحترز بقوله: (وهو سالِمُ الخاطرِ) مما لو كان ذا وسوسة فإنه لا شيء عليه. قاله في "المدونة[1]". قال في:" البيان " في (باب طلاق السنة): الشك في الطلاق على خمسة أوجه: وجه لا يجبر فيه على الطلاق، ولا يؤمر به اتفاقًا. ووجه لا يجبر عليه، ويؤمر به اتفاقًا. ووجه لا يجبر فيه، واختلف هل يؤمر به أم لا؟ ووجه اختلف فيه، هل يجبر أم لا؟ ووجه يجبر عليه باتفاق.

فأما الذي لا يجبر فيه على الطلاق، ولا يؤمر به: فهو أن يحلف على رجل لا تفعل كذا. ثم شك هل فعل أم لا؟ لغير سبب قام عنده.

وأما الوجه الذي لا يجبر فيه على الطلاق، ويؤمر به باتفاق: فهو أن يحلف ألا يفعل فعلا، ثم شك هل فعل أم لا؟ لسبب قام عنده.

وأما الوجه الذي لا يجبر على الطلاق، واختلف هل يؤمر به أم لا؟ فهو: أن يشك هل طلق أم لا؟ وهل حلف وحنث أو لم يحلف؟ فقال ابن القاسم: لا يؤمر بالطلاق. وقال أصبغ: يؤمر به.

وأما الوجه الذي اختلف فيه هل يجبر على الطلاق أم لا؟ فهو: أن يشك في عدد الطلاق، ومن هذا: إذا قال لزوجته: أنت طالق إن كانت فلانة حائضًا، فقالت فلانة: ما

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٢.

أنا حائض. أو حلف لصدَقَتْه، فقالت له: صدقتك. أو قال لها: إن كنت تبغضيني. فقالت: لا أبغضك.

وأما الوجه الذي يجبر فيه على الطلاق باتفاق: فهو أن يقول: إن كان أمس كذا فأنت طالق. لفعل يمكن أن يكون، ويمكن ألا يكون، وقد عمي خبره، وكذلك إذا طلق إحدى نسائه ولم يعينها، أو قال: عينتها ونسيتها. انتهى. فالوجه الثاني من كلامه الذي حكى فيه الاتفاق على أنه يؤمر ولا يجبر: هو الذي ذكر المصنف أن المشهور فيه الحنث، وعلى هذا فيتحصل في المذهب في هذا الوجه ثلاثة طرق:

طريقة أبي عمران، وهي طريقة المصنف: أن المشهور الحنث. وطريقة الشيخ أبي محمد، واللخمي: أن المشهور عدم الحنث. وطريق صاحب " البيان".

(ص): (وفيها: **وكُلُّ يَمينٍ بالطلاقِ لا يَعلمُ صاحبُها أنَّه فيها بارٌّ فهو حانِثٌ، يعني: يَشُكُّ**)

(**ش**): هذا استشهاد منه رحمه الله تعالى على أن مذهب "المدونة[1] " موافق لما شُهِّر، وبهذا اللفظ تمسك أبو عمران.

وقوله: (**يعني: يَشُكّ**)، هذا تفسير منه لـ "المدونة[2]"، ولعل المصنف اعتمد في هذا التفسير على ما قاله ابن المواز: كل من حلف، ثم شك في بره وحنثه، فهو حانث؛ ما لم تكن يمينه بالله تعالى.

وأخرج المصنف بقوله: (**يشك**) الظن والاعتقاد.

خليل: وانظر هل لا يؤمر بشيء إذا ظن البر كما يفهم من تفسير المصنف، أو يكون أخف؟ فعلى القول بالجبر مع الشك: يؤمر هنا بغير جبر. وعلى القول بالأمر مع الشك: لا يؤمر هنا.

(ص): (**ولو قال: إنْ كَتَمْتِني، أو كَذَبْتِني. فتُخبِرُه ولا يدري أَكَتَمَتْهُ أم كَذَبَتْهُ أم لا؟ أمر بغيرِ قضاءٍ، وفيها: ولو حَلَفَ بطلاقٍ، فلم يَدْرِ أَحَنِثَ أم لا، أُمِرَ بغيرِ قضاءٍ**)

(**ش**): ذكر أيضًا هاتين المسألتين حجة للقول بعدم الحنث، وينبغي أن يجري في مسألة (إن كذبتني) الأقوال التي تقدمت في: إن كنت تحبيني، أو تبغضيني.

(ص): (**فإنْ شَكَّ أواحدةً طَلَّقَ، أم اثنينِ، أم ثلاثًا، ففيها: قال مالك: لا تَحِلُّ له**

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١١٣.

حتى تَنكِحَ زوجًا غيرَهُ، قال ابنُ القاسم: فإنْ ذَكَرَ في العِدَّةِ كانَ أَمْلَكَ بها، ويُصَدَّقُ، وقيلَ: رَجْعِيَّةٌ، بناءً على أنه تَحَقَّقَ التحريمُ، وحِلَّ الرَّجعيةِ مَشكُوكٌ، أو تَحقَّقَ مالكِ الثلاث، وسُقُوطُ اثنينِ مَشْكُوكٌ....)

(ش): يعني: إذا تحقق وقوع الطلاق وشك عدده، فقال مالك في "المدونة[1]": تطلق عليه ثلاثا بمعنى إيقاع ما زاد على الواحدة، لم يقع على معنى التحقيق، بل على طريق الاحتياط كما سيأتي، واختلف هل على هذا القول يحكم عليه بالثلاث؟ وهو الذي فهمه أكثر الشيوخ من "المدونة"، كعبد الحق، واللخمي، ومنهم من فهمها على الأمر بذلك فقط.

قوله: (قال ابن القاسم: فإن ذكر في العدة) نحوه في "المدونة[2]"، ولا إشكال فيه على الأمر بالثلاث من غير جبر، وأما على الحكم بالثلاث فلا يكون أحق. قاله بعض القرويين، وصدق لأنه شيء ما علم إلا من جهته.

ابن عبد السلام: ولا يمين عليه، قال في "المدونة[3]": وإن ذكر ذلك بعد العدة كان خاطبًا، ويصدق في ذلك.

وقوله: (وقيل: رجعيةٌ) نحوه في "الجواهر".

ابن عبد السلام: وتبع المصنف في هذا القول بعض المتأخرين، وأنكر غيرهما من حفاظ الشيوخ وجوده في المذهب، وأصول المذهب تشهد لوجوده.

وقوله (بناءً.... إلى آخره) يعني: ومنشأ الخلاف أن المشهور نظر إلى أن بالطلاق حصل التحريم، والتحريم لا يرفعه إلا الرجعة إن كانت الزوجة مدخولا بها، أو تجديد العقد إن كانت غير مدخول بها فتلك الرجعة، وذلك العقد يشترط في صحتهما بقاء بعض أهل العصمة الأولى، وبقاء البعض مشكوك فيه، فحصل الشك في صحة الرجعة والعقد، فيبقى على الأصل المتيقن قبلهما وهو التحريم، ورأى في الشاهد: أن ملك الثلاث متيقن، وقد وقع الشك فيما زاد عليها، والأصل انتفاء ما لم يتيقن وقوعه، والواحدة هي المتبقية فلا يقع غيرها. وفهم من قوله: (وحِلُّ الرجعيةِ مشكوكٌ): أن الرجعة محرمة، وهو المذهب كما سيأتي، وفهم أيضا أن هذا الخلاف إنما هو في المدخول بها؛ لأنها التي فيها الرجعة، وأما غيرها فالواحدة تحرمها، وقد تحقق ذلك.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٤. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١١٤.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١١٥.

(ص): (وعلى المشهور فمتى تَزَوَّجَها بَعْدَ زوجٍ، وطلقها واحدةً، واثنتينِ، لم تَحِلَّ له إلا بعد زوجٍ أبدًا لِدَوَرَانِ الشكِّ ما لم يَبُتَّ، وروى أشهب زوالَهُ بعدَ ثلاثةِ أزواجٍ وتطليقتينِ.....)

(ش): يعني: وإذا فرعنا على المشهور من إيقاع الثلاث، ثم زوجها بعد زوج، ثم طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج، وكذلك في زوج ثالث، ورابع، قال في "المدونة[1]": ومائة زوج؛ لأنه إذا تزوجها ثانيا، وطلقها واحدة، قلنا: يحتمل أن يكون طلقت اثنتين، فتكون هذه الطلقة مكملة الثلاث. فإذا تزوجها ثالثا بعد زوج ثان فكذلك، لأنه يحتمل أن يكون المشكوك في عدده أولا واحدة، وكذلك يفعل فيما بعد ذلك.

عياض: ويجرى على هذا، ولو بعد ألف زوج، ولهذا تلقب هذه المسألة بـ(الدولابية) لدورانها هكذا، وكذلك إذا طلقها اثنتين، ولا يحصل الدوران مع الاختلاف، وإن كان ظاهر كلام جماعة حصوله، وبيان ذلك إذا طلقها طلقتين في الثاني، وفي الثالث طلقة، وفي الرابع طلقة، فإن فرض المشكوك فيه ثلاثا فهذه الأخيرة هي أول عصمة مستأنفة، فإن فرض اثنتين فتكون ثانية، وذلك إن فرض واحدة، فاعلمه.

وقوله: (ما لم يَبُتَّ)؛ أي: ما لم يطلق ثلاثًا فيزول الشك حينئذ، وإذا تزوجها بعد زوج ترجع عنده على عصمة مستأنفة.

خليل: ويمكن أن يزيل الشك أولا بأن يقول: إن لم يكن طلاقي ثلاثًا فقد أوقعت عليه تكملة الثلاث، لأنه بين أحد أمرين: إما أن طلقها ثلاثا فلا شك، وإن طلقها دون ثلاث فهي في عصمته فيقع بقية الثلاث، اللهم إلا أن تنقضي العدة، أو تكون غير مدخول بها، وإلى هذا أشار عبد الحميد. والله أعلم.

وروى أشهبُ: أن الشك يرتفع بعد ثلاثة أزواج.

ابن يونس: ووجهه: أنه لا يخلو أن يكون الطلاق الأول طلقة أو اثنين أو ثلاثا، فإن كان ثلاثا فقد تزوجها بعد زوج، وإن كان اثنتين فقد طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج، فصارت ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج، وإن كان واحدة فقد طلقها بعد الزوج الأول واحدة، وبعد الثاني ثانية، وطلقة الشك الأولى ثالثة، فوجب أن يزول الشك بعد ثلاثة أزواج.

قال في "البيان": وبه قال أشهب، وابن وهب، وابن حبيب، وقال يحيى بن عمرو:

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٦.

قد تدبرته فوجدته خطأً. وقال ذلك فضل أيضًا، وهو كما قالا؛ لأنه لا يرتفع الشك. ونقل ابن يونس في المسألة قولا ثالثًا، عن ابن وهب: إنه إذا طلَّقها ثلاثا، وإن كن متفرقات، فإنها ترجع على ملك مبتدإ. وأشار عياض إلى أنه وهم في ذلك، وأنه راجع إلى القول الثاني، وليس بثالث؛ لأنه إن طلق ثلاثا مجتمعة في كلمة واحدة فلا خلاف، وأما المفترقات فمعناها من الأزواج، وهو قول أشهب.

(ص): **(فإنْ شَكَّ أَهِنْدٌ هي أم غيرُها، طُلِّقْنَ كُلُّهُنَّ بغيرِ استئنافِ طلاقٍ)**

(**ش**): يعني: فإن طلق واحدة معينة من نسائه، ونسي عينها، أو حلف بطلاقها فحنث، فإن نسائه الجميع يطلقن عليه.

قال في "الكافي": واتفق على ذلك قول مالك.

قوله: (بغيرِ استئنافِ طلاقٍ) نحوه في "المدونة[1]"، قال في "الجواهر": ويوقف ليتذكر، ولا يعجل عليه بالاتفاق؛ لرجاء التذكر وإن طال الأمد ورفعناه ضرب له أجل الإيلاء. ونحوه للخمي، وزاد: وقيل: يطلقن عليه من غير أجل.

اللخمي: والصبر أحسن؛ لأنه يرجو أن يتذكر، فإن طلق ونوى التي لم يطلق حلتا للأزواج، وإلا طلق السلطان عليه، ونوى التي لم تطلق؛ أي: لتحل للأزواج، وعلى هذا فيلزم إذا لم يتذكر أن يطلق التي لم يقع عليها طلاق، فيقول: امراتي التي لم يقع عليها طلاق طالق. خلاف قول مالك: يطلقن عليه من غير استئناف طلاق. وهو مذهب أبي حنيفة، واستحسنه ابن عبد السلام.

ولعل الخلاف مبني على اختلاف الأصوليين في اختلاط الميتة بالذكية: هل يحرمان معًا، أو إنما تحرم الميتة؟ فعلى الثاني لا بد من استئناف الطلاق.

(ص): **(وفي: إحْداكُن طالقٌ، أو امرأتُه طالقٌ، ولم ينوِ واحدةً معيَّنةً: قال المصريُّون، عنه: يُطلَّقنَ. وقال المدنيُّون: يَختارُ كالعِتْق....)**

(**ش**): قال في "البيان": المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه: أن الجميع يُطَلَّقْنَ. وقال المدنيون: يختار واحدة كالمشهور في العتق.

والمشهور أن العتق أحق؛ لأنه يتبعض ولا يتنجز إذا علق زمان آت، ويعتق فيه بالقرعة، بخلاف الطلاق، فإن قيل: فلِمَ لم يقل المدينون في الأولى أيضا: يختار.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٦.

كهذه؟ قيل: لأن الطلاق في الأولى وقع على واحدة معينة، وذلك التعيين مانع من نقله منها إلى غيرها، ولهذا قلنا: إذا تذكر المطلقة لم يلزمه في غيرها شيء، فإذا لم تعلم المطلقة احتجنا إلى طلاق الجميع، بخلاف هذه فإنه إنما ألزم نفسه الطلاق في غير معينة، فكان تعيينه له.

وفهم من قوله: (لَمْ ينوِ واحدةً): أنه لو نوى معينة لصدق. ابن بشير: بلا خلاف.

قال في "المدونة[1]": ويصدق في القضاء والفتيا، وظاهرها نفي اليمين لتسويته بين القضاء والفتيا. وحكى اللخمي، وغيره في ذلك قولين، وهما على الخلاف في أيمان التهم، وقال اللخمي: إن لم تكن عليه بينة لم يحلف على حال، وإن كانت عليه بينة، وقال: أردت فلانة. وكان كلامه نسقًا صدق بغير يمين، وإن لم يكن نسقًا، وقال: نويت الشابة، أو الحسنة، أو من يعلم منه الميل إليها. لم يحلف، وإن قال: نويت الأخرى. حلف. ابن بشير: وهذا إن كان التعيين والزوجتان في الحياة، فإن عين بعد الموت فقال: المطلقة هي الميتة. قبل قوله، واستُظهر عليه باليمين.

وإن عكس فقال: المطلقة هي الحية. وليس للميتة مال، قبل قوله، ولا يمين أيضا، وإن كان لها مال، فقال اللخمي: لا يقبل قوله؛ لأنه يريد الميراث، والأصل قبول قوله، ويُستظهر عليه باليمين؛ لأنه كان مقبول القول، فلا يرجع قبول قوله بموت الميته.

(ص): **(فإنْ شَكَّ أطلاقٌ هو أمْ غيرُه، ففي أمرِه بالتزامِ جميعِ ما يَحْلِفُ به عادةً قولانِ)**

(ش): يعني: إذا تيقن أنه حلف يمينا، ثم نسي ما حلف به، والقول بالأمر مذهب "المدونة[2]"، ففيها: من لم يدر بما حلف، أبطلاق، أو عتق، أو مشي، أو صدقة؟ فليطلق نسائه، ويعتق رقيقه، وليتصدق بثلث ماله، وليمش إلى مكه، يؤمر بذلك من غير قضاء. وإذا تأملت كلام المصنف وجدته مخالفا لـ "المدونة"، لأنه في "المدونة" إنما أمره بالتزام ما يحلف به عادة كالمصنف، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر، لكنه تبع ابن شاس.

وقال أصبغ: إن لم يدر بأي يمين حلف، أبطلاق، أو عتاق، أو إيلاء، أو مشي، أو أظهار؟ فإنه تلزمه ولا تجري على لسانه. واعترضه اللخمي وقال: قول أصبغ: إنه يجبر

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١١٨.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١١٨.

على المشي والصدقة، خلاف المعروف من المذهب، ولعل ابن شاس رأى قول أصبغ: إلا ما كان منها ليس من أيمانه. فجعله تقييدًا لـ "المدونة[1]"، وفيه بعد. وقول اللخمي: إن المعروف من المذهب في المشي والصدقة عدم الجبر. صحيح؛ إلا أن ينص على الجبر فيهما؛ إذ يحتمل أن يريد بلزوم ما ذكره في القضاء والفتيا؛ أي: يقضى عليه بما علم في غير هذا الموضوع أنه يقضى عليه به، وذلك الطلاق والعتق المعين والظهار، على أن الصدقة ليس لها ذكر في كلام أصبغ.

التفويض:

(ص): (**التفويضُ: توكيلٌ، وتمليكٌ، وتخييرٌ**)

(**ش**): يقال: فوض الأمر إليه: إذا رده إليه، وهذا مشترك بين التوكيل والتمليك والتخيير؛ فلذلك جعل التفويض جنسًا، والثلاثة أنواعًا له، والفرق بين التوكيل وغيره: أن التوكيل يفعل على طريق النيابة، بخلاف غيره.

وأما الفرق بين التخيير والتمليك: فقيل: أمر عرفي لا مشاركة للغة فيه، فقولهم في المشهور كما سيأتي: أن للزوج أن يناكر المملكة دون المخيرة؛ إنما ذلك مستفادٌ من العرف، وعلى هذا ينعكس الحكم بانعكاس العرف، وقيل: هو وإن كان تابعًا للعرف؛ إلا أن العرف موافق للغة، أو قريب منها؛ لأن التمليك إعطاء ما لم يكن حاصلا، فلذلك قلنا إن للزوج أن يناكرها؛ لأن الأصل بقاء ملكه بيده.

أما التخيير فقال أهل اللغة: خيرت فلانًا بين الشيئين: إذا فوضت إليه الخيار، فيكون على هذا معنى تخيير الزوجة: أن الزوج فوض إليها البقاء على العصمة، والذهاب عنها، وذلك إنما يتأتي لها إذا حصلت على ما لا يبقي للزوج معها رجعة.

(ص): (**ففي التَّوكيلِ يَرْجِعُ قبْل أنْ توقِعَ**)

(**ش**): تصوره ظاهر، ونحوه في "التلقين"، وهو مقيد بما إذا لم يتعلق للمرأة حق صرح بذلك. ابن بشير: كما إذا قال لها: إن تزوجت عليك فقد جعلت أمرك بيدك. أو أمرك بيدك. أو أمرُ الداخلةِ بيدك، توكيلا لا تمليكا، فهنا قد تعلق للمرأة حق في التوكيل، فلا يكون له عزلها، وهذا كما قلنا: إن للموكل عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير.

واقتضى كلام المصنف أنه ليس للموكل له عند وكيله -ما لم يتعلق به حق الغير-

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٢٠.

الرجوع في التمليك، وهو كذلك في "التلقين": ليس له أن يرجع إلى أن يبطل تمليكها.

الباجي: وهو مما انفرد به.

(ص): **(والتمليكُ مِثلُ: مَلَّكْتُكِ أَمْرَكِ، أو أمرُك بيَدِك، وطلاقُك بيَدِك، وطلِّقي نفسَك، وأنتِ طالقٌ إنْ شئتِ، أو كُلَّما شِئتِ؛ فتَمْنَعُ نفسَها، ولا تُتْرَكُ تحتَه حتَّى تُجِيبَ....)**

(ش): هذه صيغة التمليك، وقدم (ملَّكتُكِ)؛ لأنها صريح هذا الباب، فلما كان (أمرك بيدك) أقرب في باب التمليك من (**طلاقُك بيدك**)، جعل (أمرك بيدك) إثر (ملكتك)، ولا يُقال: لا ينبغي عدّ (أمرك بيدك)؛ لأن الأمر هو الشأن، وشأنها بيدها، قيل: قوله: لأن أمرك بيدك في هذا الباب المراد منه الإنشاء.

وقوله: (فتَمنَعُ نفسَها)؛ أي: إذا ملكها، وتخصيصه هذا للتمليك يقتضي أنها ليس لها ذلك في التوكيل، وهو ظاهر؛ لأن للزوج عزلها، وإذا كان لها المنع فليس لها أن تطول على زوجها، وإنما لها ذلك في المجلس وشبهه كما سيأتي.

وقوله: (حتى تُجيب) يحتمل أن يكون غاية للجملة الأخيرة، وهي (ولا تُتركُ تحتَه)، ويحتمل أن يكون غاية لها ولقوله: (فتَمنع نفسَها)، وهو الأقرب.

(ص): **(والجوابُ قولٌ صريحٌ، ومُحتَملٌ، وفِعلٌ؛ فالصريحُ يُعمل به في رَدِّ التَّمليكِ، والطلاقِ)**

(ش): يعني: وجواب المرأة، إذا صدر من الرجل التمليك، ينقسم إلى (قول.... وفعل)، والقول ينقسم إلى (صريح ومحتمل)؛ لأنه إذا كان نصًّا في المراد فهو صريح، وإلا فهو محتمل، وينبغي أن يكون الفعل أيضًا ينقسم كذلك؛ لأنه وإن لم تكن له دلالة بالوضع، بل بالقرائن المحتفة به، فتلك القرائن إما أن تحتمل النقيض أو لا.

ولعل المصنف ترك تقسيمه اكتفاءً بما سيذكره.

وقوله: (في رَدِّ التمليك) كما لو قالت: رددت ما جعلت إلي. أو: لا أقبله. (والطلاق) عطف على (رد)، تقديره: وإيقاع الطلاق، كما لو قالت: طلقت نفسي، أو: بنتُ منكَ. أو بنتَ منّي.

(ص): **(ما لَمْ تُوقِعْ أكثرَ مِن واحدةٍ فله مُناكَرتُها في قَصْدِهِ على الفورِ ويَحْلِفُ، فإنْ لَمْ ينوِ واحدةً وقعَتِ الثلاثُ، فلو قال: لَمْ أُرِدْ طلاقًا. وقع ما زادَته، فإنْ رَجَعَ ففي قبولِ قولِهِ قولانِ، أمَّا لو شرط عندَ نكاحِه أو قبلَه، مثل: إنْ تزوَّجتُ عليكِ فأمرُكِ بيَدِكِ. فلا**

مُناكَرَةَ له في الثلاث بَنَى أو لَم يَبْنِ....)

(ش): يريد: إذا أجابت صريحا بالطلاق، فإن صرَّحت بالواحدة إن لم تنو شيئا، وإنما صرحت بمجرد الطلاق وقعت واحدة. وإن وقعت أكثر فله مناكراتها بأن يكون: إنما قصدت واحدة، بشروط أن يناكرها بالفور، فإن تراخي؛ أي: لزمه ما أوقعته، وسُئل أبو بكر بن عبد الرحمن عن من ملَّك امرأته، فقضت بالثلاث، فلم يناكرها: هل يدخل في مناكرتها بعد المجلس الخلاف الذي في المرأة ببطلان خيارها بانقضاء المجلس أم لا؟

فقال: لا يدخل، وسكوته التزام بما قصدت، بخلاف المُمَلكة، وإلى هذا أشار بقوله: (على الفور).

ثانيها: أن يحلف، فإن لم يحلف، ففي "المبسوط"، عن القاضي إسماعيل: تلزمه الثلاث.

مالك في "العتبية": ولا تنقلب اليمين على المرأة لنكوله. قال في "البيان": ولا خلاف في ذلك إذا لم يعلم صدقه من كذبه في ما ادَّعاهُ من النِّية. قال: وليس في حلفه خلاف.

ابن عبد السلام: وأصله من يمين التهمة.

فرع:

ومتى يحلف؟ قال ابن المواز: إن كانت مدخولا بها حلف مكانه؛ إذ له الرجعة. وإن كانت غير مدخول بها لم يحلف؛ إلا إذا أراد أن يتزوجها، ولا يحلف قبل ذلك، إذ لعله لا يتزوجها.

قال الباجي، وغيره: لا يحلف في المدخول بها إلا عند إرادة الارتجاع؛ إذ لعله لا يرتجعها. ولعل ابن المواز إنما ألزمه اليمين ناجزًا لتحقيق أحكام الزوجية الحاصلة في المطلقة طلاقا رجعيا للنفقة وموارثة واستمتاع عند من يراه.

ثالثها: أن ينوي واحدة عند التمليك، فلو نوى بعده، أو لو لم ينوِ شيئا وَقَعَ ما أَوْقَعَتْهُ، وإلى هذا أشار في قوله:

(فإن لم ينو واحدة وقعت الثلاث)، وأشار إلى اشتراط القطع من التمليك بقوله أولا (في قصده).

وقوله: (فإن لم ينوِ واحدة) فيه نظر؛ لأنه يقتضي أنه نوى اثنين أن يقع الثلاث، ولو

كان كما في "المدونة[1] " إلا أن يناكرها الزوج مكانه، فيحلف، ويلزمه ما نوى من واحد فأكثر، لكان أحسن.

رابعها: أن يقصد بالتمليك الطلاق، وإليه أشار في قوله: (فلو قال: لم أردْ طلاقا. وقع ما زادَته)، وزادته بالزاي المعجمة، وفي بعض النسخ (أرادته)، من الإرادة، والمعنى متقارب، وقوله: (فإن رجع.... إلخ) يعني: فإن أنكر أن يكون قصد الطلاق، فقلنا: يلزمك ما أوقعَتْه من الثلاث، فرجع وقال: إنما نويت واحدة. فهل تقبل هذه النية منه؟ وهو رواية ابن القاسم، عن مالك بعد حلفه، أو لا يقبل منه، وهو ندم من قائله، وهو قول أصبغ.

أصبغ: والقول الأول وَهْم من ناقله، واختاره غير واحد، وهو الذي يأتي على المشهور في ما إذا أنكر المودع الوديعة، فأقام ربها البينة على الإيداع، فقال المودع: رددتها؛ فلا يسمع قوله ولا بَيّنته على الرد، وكذلك إذا أنكر المدين الدين، أو المشترى الشراء، وأُقيمت عليهما البينة بالدين والشراء، فزعما الوفاء، بل قبول قوله في هذه المسألة أولى من قبول قوله في مسألة التمليك، لأن الوديعة التي قامت على ردها البَينة، وكذلك الدين، وثمن السلعة قد يسوغ في الشرع، أو يظن كثير من العوام أنه سائغ، ويقول: إنما أنكرت لعلمي أنه لا شئ له عندي، وخفت متى أقررت له بذلك أن يطالبني، فأتكلف إقامة بينة، وهي الغائبة، أو تزكيتها، ونحو ذلك.

وأما إنكار إرادة الطلاق بقوله: (ملكتك) مع أنه يعلم من نفسه إرادة الطلاق، فلا يَجْهَلُه أحد، فناسب ألا يُعذَر.

أصبغ: وإنما تنفعه النية التي خرج لفظ التمليك عليها، لا ما حدث له بعد القول.

محمد: إلا رواية أشهب، عن مالك في مَنْ مَلَّك امرأته وهو يلاعبها، فتقول: قد تركتك؛ فيقول الرجل: كنا لاعبين، ولم أرِد طلاقاً.

قال مالك: يحلف ما أراد إلا واحدة.

وفي مسألتهم شُبهة قيل: أعليه حرج أن يحلف والله يعلم أنه لم يرد شيئا؟ قال: لا، قد أُمِر بذلك، ويحلف ما أراد الطلاق، وتكون واحدة.

محمد: وليس بأصل مالك؛ لأنه ملكها ولم يُرِد واحدة، والله أعلم.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٢٠.

خامسها: أن لا يكون التمليك مشترطًا عليه في أصل العقد، فإن كان مشترطًا ففي "المدونة[١] " في (كتاب الأيمان بالطلاق): لها أن تطلق نفسها بالطلاق، ولا مناكرة له، بنى أو لم يبن، فإن طلقت نفسها واحدة وقد بنى بها فله الرجعة، وإن لم يبن بها فقد بانت، وإلى هذا أشار في قوله: (أما لو شرط.... إلخ)، وهذا هو المشهور، وفي سماع عيسى: إن لم يبن بها طلقت نفسها واحدة لا أكثر؛ لأنها تبين بها، وقد علمت أن مذهب "المدونة" إذا طلقت المدخول بها نفسها واحدة: أن له الرجعة، وقال سحنون وغيره: لا رجعة له، لأن ذلك مشترط في أصل النكاح، وقرره ابن عتاب بأنه راجع إلى الخلع، لأنها أسقطت من صداقها لشرطها، قال: وقوله في "المدونة" جار على غير أصوله، واحترز بقوله: (إلا أن يكون التمليك مشترطا في أصل العقد) مما لو ملكها فيه طائعا من غير شرط فإن له مناكرتها. نص عليه غير واحد.

واختلف إذا لم يحصل التنصيص على الطَوْع أو الشرط، فقال ابن العطار: ذلك على الطوع. وقال أبو الوليد، وابن فتحون: ذلك على الاشتراط.

قوله: (أو قبْله)؛ أي: قبل العقد، وهو كالمستغنى عنه؛ لأنه إن استديم إلى عقدة النكاح، فلا شك في اعتباره، وإن لم يتعرض له في عقدة النكاح أُلغي، فدار الأمر مع ذكره في عقدة النكاح وجودًا وعدمًا.

(ص): **(وتَقَعُ الواحدةُ، ثم لا تَزيدُ إلا في: كُلَّما. أو يَكُونُ نَسَقًا لَمْ ينوِ به التأكيدَ كطلاقِهِ قبْل البناءِ....)**

(ش): يعني: أن المَمَلَّكة إذا أوقعت واحدة وقعت، وليس لها أن تزيد عليها؛ إلا في صورتين:

الأولى: أن تكون الصيغة مقتضية للتكرار. كما إذا قال: كلما شئت فأمرك بيدك.

والثانية: أن تكون نسقًا، فلا تقبل منه المناكره في إرادة التكرار، بخلاف الصورة التالية.

واسم (يكون) في كلام المصنف يحتمل أن يعود على تمليكه، وعلى ذلك مشَّاه ابن راشد، وعليه فيقرأ: (يَنْوِ) بالياء المثناة من أسفل.

ويحتمل أن يعود على جوابه، وعلى ذلك حمله ابن عبد السلام، وعليه فيُقرأ:

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٢١.

(تَنْوِ) بالتاء المثناة من فوق، والوجهان في "المدونة[1]":

أما الوجه الأول: ففيها: وإن قال: أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك. فطلقت نفسها ثلاثا سئل الزوج عما أراد، فإن نوى واحدة حلف، وكانت واحدة. وإن نوى الثلاث فهي الثلاث. وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر، ولا مناكرة له.

وأما الوجه الثاني: ففيها: وإن ملكها قبل البناء ولا نية، فطلقت نفسها واحدة، ثم واحدة، ثم واحدة، فإن نسقتهن لزمه الثلاث؛ إلا أن تنوي واحدة كطلاقه إياها إذا كان نسقًا قبل البناء، ولا فرق على الوجه الأول بين أن يعطف تمليكه أم لا، فقد رُوي عن مالك في من ملك زوجته، فقالت كم ملكتني؟ فقال: مرة ومرة ومرة. ففارقته، فليس ذلك بثلاث إذا حلف ما ملكها إلا واحدة.

التونسي: وهو مُشكِل بأنه قد أبان بقوله: مرة ومرة ومرة أنه أراد ثلاثا؛ إلا أن يكون قصد إلى حكاية الألفاظ، وأنه تمليك واحد.

قال في "البيان": إن قال: أمرك بيدك. فقالت: قد قبلت. ثم قال: أمرك بيدك. فقالت: قد قبلت. ثم كذلك، فإن لم تكن للزوج نية وقع في الثلاث بالاتفاق، وإن قال: لم أنو إلا واحدة. ففي "الموازية" عن مالك: تقع الثلاث.

محمد: والأحسن أنها واحدة ويحلف. وقوله في "المدونة[2]": إن ملكها قبل البناء؛ يريد: أو بعده من باب الأولى، ولهذا لم يخصص المصنف.

(ص): (**والمُحتَملُ مِثلُ: قَبِلْتُ، أو قَبِلْتُ أمري، أو ما مَلَّكْتَنِي، فيُقبَل تفسيرُها مِن رَدٍّ، أو طلاقٍ، أو بقاءٍ....**)

(**ش**): لما تكلم على الصريح شرع في المحتمل، ومثله بثلاثة ألفاظ؛ لأن كل واحد منها يحتمل أن يُفَسر بالرد؛ أي: رد التمليك والاستدامة على العصمة، أو بالطلاق، أو بالبقاء؛ أي: البقاء على النظر في الأمر، ولا إشكال في تفسير كل من الألفاظ الثلاثة بالطلاق والبقاء، وأما التفسير بالرد ففيه نظر بأن القبول ليس موضوعًا للردِّ، وليس الرد من مقتضى القبول، بل دافع لمقتضاه، وقد يُجاب عنه بأنه لما كان الرد من آثار قبول النظر في الأمر صح التفسير به علي سبيل المجاز، والله أعلم.

وما ذكره المصنف هو المشهور، وقيل يلزمه الطلاق إذا قالت قبلت أمري. ولا

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٢٣.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٢٤.

تُسأل، وهل قلبت نفسي كقبلت أمري وهو مقتضى بالطلاق قولان:

(ص): (**والفِعلُ: إنْ كانَ مِثلَ أنْ تَنتَقِلَ، أو تَنْقُلَ قُماشَها، وتَنْفَرِدَ عنه، ومِثلَ أنْ تُمَكِّنَهُ مِن مُباشَرتِها طَوْعًا، فكالصَّريحِ فيهِما....**)

(**ش**): (فيهما)؛ أي: في الطلاق والردِّ، فنقلها لقماشها وانفرادها عنه، فكالصريح في الفراق. وتمكينها له لمباشرته فكالصريح في الرد، وفيه حذف مضاف؛ أي: كاللفظ الصريح، وهو يقتضي أنها لو قالت: لم ترد بنقل القماش، والاستتار عنه، والبعد منه الطلاق. لم يُقبَل منها؛ لأن ذلك يجري مجرى جوابها بالطلاق، وكذلك قال مالك، على ما نقله اللخمي، وعليه اقتصر في "الجواهر".

ونقل ابن محرز، عن عبد الوهاب، وأومأ إلى ترجيحه بأنها لو فعلت ما يدل على رضاها به، كما لو قبلته لما كان لها كلام، وإن لم ترد الرضى فكذلك إذا فعلت ما يدل على فراقه. ونقل ابن محرز، عن مالك: أنه لا يكون طلاقا؛ إلا إذا أرادت به ذلك. وبه قال ابن وهب، ومحمد، وهو الذي اقتصر عليه في المقدمات، وإليه يرجع اختيار اللخمي؛ لأنه قال: أرى أن تسأل لم فعلت ذلك؟ فإن قالت: خمرت وجهي كراهية في رؤيته، ونقلت متاعي خيفة أن يحتال عليّ فيه. صُدِّقت، ولم يكن فراقًا.

وإذا ألزمناه بذلك الطلاق، فقال عبد الملك: إن قالت بعد أن خمرت رأسها، ونقلت قماشها: أردت البتة. فله أن يناكرها، ويحلف أنه ما ملكها إلا واحدة.

قال ابن القاسم: لا يُنوَّى. الباجي: ووجهه: أن الظاهر من فعلها البينونة، فترك الإنكار عليها في المجلس يقتضي الرضى بالثلاث.

وقيل: عليه أن يحلف يمينًا أخرى أنه لم يظن انتقالها، وما فعلت يكون طلاقًا بائنًا.

ومقتضى قول ابن الماجشون، وسحنون، وأصبغ: أن ذلك يلزمه مع يمينه أنه لم يملك إلا واحدة.

وقال ابن المواز: يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك، وهذا ليس بخلاف في الظاهر. انتهى.

وقيّد المصنف التمكين بأن تكون طائعةً؛ لأنها لو لم تكن طائعةً كانت على خيارها، وأحرى إذا كانت غير عالمة، ويعاقب الزوج في فعله. نص عليه في "المدونة[1]".

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٠.

وهو وإن كان في "المدونة[١]" إنما نص على المعاقبة في التخيير، فالتمليك مساوٍ له في ذلك.

ونظير هذه المسألة في عدم السقوط خيارها بالوطء إذا كانت غير عالمة: الأمة تعتق تحت العبد، ومن شرط لها إن تزوج عليها، أو تسرى، فأمرها بيدها، وفعل ولم تعلم. قاله في "المدونة[٢]". وإن ادعى على المملكة العلم فلا قول لها، فإن أعلمها وأمكنته وادعت الجعل لم تعذر، فإن اختلفا في الإصابة فالقول قولها، إلا أن تكون هناك خلوة، وإن أصابها وقالت: أكرهني. فالقول قوله مع يمينه، بخلاف إذا قبلها فالقول قولها مع يمينها.

(ص): (**فإنْ لمْ تُجِبْ وتَفرَّقا، أو طَالَ طُولا يُخْرِجُ عن الجَوابِ، ففي بقائه كالتخيير روايتانِ، وعلى بَقائِهِ يلْزمُ الحَاكِم بالإيقاعِ، أو الرَّدِّ، وإلا أَسْقَطَ**)

(**ش**): الروايتان في "المدونة[٣]"، والذي رجع إليه مالك: أنه يبقى وإن تفرقا وطال ما لم توقف أو توطأ. وأخذ ابن القاسم بالقول الأول: أنهما إذا تفرقا من المجلس أو طال بهما حتى يعلم أنهما تركا ذلك، وخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غيره بحيث يعلم أنهما تركا ما كانا فيه بطل. قال فيها: وعلى هذا جماعة من الناس. ونقل أشهب أن مالكا إنما قال ببقائه وإن انقضى المجلس مرة، ثم رجع عنه إلى أن مات.

واختار عبد الحميد القول بأنه بيدها وإن تفرقا. ورأى اللخميُّ: أنها تمهل ثلاثة أيام قياسًا على الشاذ في من وجبت له شفعة أنه يمهل ذلك. وفيه نظر؛ لأن المملك كالطالب للجواب، بخلاف حق الشفيع فإنه ثابت بالشرع، ولهذا قيل في الشفيع: إن حقه باق أبدًا، وعلى القول بالسقوط بانقضاء المجلس فذلك بشرط أن يمكنها القضاء، وأما لو ملكها وأسرع القيام عنها لم يسقط خيارها، ولا تمليكها. قاله في الجلاب.

واعلم أن هاتين الروايتين إنما هما في التمليك المطلق؛ أي: إذا قال لها: أمرك بيدك.

قال في "المقدمات": وأما التمليك المفوض: فهو أن يقول لها: أمرك بيدك إن شئت، أو إذا شئت، أو متى شئت، أربعة ألفاظ يكون بها التفويض، وهي تختلف باختلاف معانيها: فأما متى شئت فلا يختلف أن الأمر بيدها ما لم توقف، وإنما يختلف هل يقطع ذلك الوطء، أم لا يقطعه، فيقطعه على مذهب ابن القاسم، ولا يقطعه على

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣١.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٣.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٤.

مذهب أصبغ.

وأما: إن شئت، أو: إذا شئت، فيختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: قول مالك: إن ذلك كالتمليك المطلق سواء.

والثاني: قول ابن القاسم: إن الأمر بيدها ما لم توقف. بخلاف مذهبه في التمليك المطلق.

والثالث: لأصبغ: إن قال: إن شئت، كان الأمر بيدها في المجلس، وإن قال: إذا شئت؛ كان الأمر بيدها حتى توقف، ولا يقطع ذلك الوطء عنده في: إذا، بخلاف قوله: إن.

واختلف قول ابن القاسم إذا قال: أنت طالق إن شئت، فله في "المدونة[1]": أن ذلك تفويض، والأمر إليها حتى توقف. وله في "الواضحة": أنه لا قضاء لها إلا في المجلس، بخلاف قوله: أمرك بيدك إن شئت، وهو الصحيح. وقد تأول بعض الناس على ما لابن القاسم في "المدونة": أن: أمرك بيدك إن شئت. ليس بتفويض، بخلاف قوله: أنت طالق إن شئت. ووجه ذلك بتوجيه بعيد، حكى ذلك أبو النجاء في كتابه. انتهى.

وحكى ابن بشير في ما إذا قال لها: أنت مخيرة، أو مملكة إن شئت، وإذا شئت، طريقين للمتأخرين:

أحدهما: أن في ذلك القولين السابقين في التمليك المطلق.

والثاني: أنه يتفق على أن الخيار لها بعد المجلس، ولا خلاف أنه لو نص المخير، أو المملك على أن ذلك لا يكون للمرأة؛ إلا إن اختارت في الحال، أو نص على أن ذلك بيدها وإن تفرقا: أنه يعمل على ذلك.

فرع:

الأول: إذا ثبت أن لمالك فيما إذا خيرها، ثم انقضى المجلس قولين، فذلك إنما هو إذا ملكها وهي حاضرة، وأما لو خيرها وهي غائبة من المجلس، ثم بلغها ذلك، فهل تكون بمنزلة ما لو كانت حاضرة؟ فيختلف فيه على قولين. وهي طريقة اللخمي، وقال: والقول ببقائه أحسن، لأن لفظه هنا لا يقتضي جوابًا، أو يتفق هنا على أن لها

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٤.

القضاء وإن انقضى المجلس طريقان، وإلى الأولى ذهب صاحب " المقدمات " فقال: وأما إن كتب إليها، أو أرسل إليها رسولا؛ فلم يختلف قول مالك أن ذلك بيدها، وإن لم تقض ساعة وجب لها التمليك، وقيل: بيمين. وقيل: بغيرها ما لم يطل ذلك حتى يتبين أنها راضية بإسقاط حقها. والطول في ذلك: أكثر من شهرين، على ما في سماع ابن القاسم، إلا أن يكون الزوج حاضرًا حين التمليك، وتمنعه نفسها، فيكون ذلك بيدها، وإن طال الأمر، كالأمة المعتقة تحت العبد. وروى ابن وهب: أن حقها يسقط إذا لم تقض ساعة وجب التمليك كالمملكة التي تواجه بالتمليك. انتهى.

تنبيه:

وإن قالت المرأة في المجلس: قد قبلت أمري. فلها أن تقضي بعد المجلس، ولا يدخله اختلاف قول مالك. أشار إليه في "المدونة[1]"، ونص عليه الباجي، وغيره.

صاحب " البيان": وليس ذلك بالبين إلا إذا قيدت القول بالمجلس، فلم ينكر عليها الزوج، ويكون سكوته كالإذن، وأما إن رد عليها وقال لها: إما تقضي، أو تردي. فالمسألة جارية على القولين.

قوله: (وعلى بقائه)؛ أي: إذا فرع على قول مالك الثاني، فإن الحاكم لا يمهل أمرها ويتركها، ولو رضي الزوج بذلك؛ لحق الله تعالى في بقاء العصمة على الشك، بل يوقفها، فإما أن توقع الطلاق، أو ترد التمليك.

قوله: (وإلا)؛ أي: وإن لم تفعل أحد الأمرين أسقط الحاكم ما بيدها.

(ص): (**والتخييرُ مِثلُ: اختاريني أو اختاري نفسَكِ، وهو كالتمليك إلا إنه للثلاثِ في المدخول بها على المشهور، نوَيَا أو لم ينوِيَا، ما لم يقيِّد فيتعيَّنُ ما قيِّد....**)

(**ش**): لما انقضى كلامه على التمليك شرع في التخيير، (وهو كالتمليك)؛ أي: فيما تقدم من عدم العزل والجواب، ثم استثنى من ذلك أنه الثلاث في المدخول بها من غير مناكرة، وسواء نوى الزوجان ذلك أم لا. واحترزنا بالدخول بها من غيرها كالمملكة فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة، كما سيأتي، ومقابل المشهور القولان الآتيان في كلامه.

عياض: والمتحصل من الأقوال في مذهبنا في التخيير ستة أقوال:

أشهرها مذهب الكتاب: أن اختيارها ثلاث، ولا مناكرة للزوج نوت المرأة الثلاث

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٥.

أم لا، وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له.

ثم اختلف هل هو مسقط للخيار، ولا قضاء لها بعد، أم لها القضاء ثانية؟

الثاني: أن لها الثلاث بكل حال، وإن نوت دونها أو لم تنو شيئا، ولا تسأل عن شيء، ولا مناكرة للزوج. وهو قول عبد الملك.

الثالث: أنها واحدة بائنة، وهو الذي ذكره ابن خويز منداد عن مالك، هو أحد مذهبي علي بن أبي طالب، وتأوله اللخمي على حكاية ابن سحنون، عن أكثر أصحابنا، واختياره هو.

الرابع: أن للزوج المناكرة في الثلاث، والطلقة بائنة. وهو قول ابن الجهم، وهو الظاهر عندي، من معنى ما حكاه ابن سحنون، عن أكثر أصحابنا، إلا ما تأوله اللخمي.

الخامس: له المناكرة، والطلقة رجعية. وهو ظاهر قول سحنون، وعليه تأولها اللخمي كالتمليك، وهو قول عمر، وعلي أولا.

السادس: أنها إن اختارت نفسها فهي ثلاث، وإن اختارت زوجها، أو ردت الخيار عليه فهي واحدة بائنة. وهو قول زيد ابن ثابت، وحكاه النقاش، عن مالك. انتهى.

وقوله: (ما لم يُقيّد فيتعين ما قيّد)، كما لو قال لها: أنت طالق بالخيار في طلقة أو طلقتين، وهل عليه يمين إذا قال: اختاري واحدة؟ فلا خلاف في وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة؛ لأنك تختارين مرة واحدة. وإن قال: اختاري من الطلاق واحدة، أو من الطلاق طلقة، أو اختاري طلقة. فلا يمين عليه بلا خلاف، واختلف في وجوب اليمين إذا قال: في أن تطلقي نفسك طلقة واحدة، وفي أن تقيمي. على قولين، ونسب اللخمي وجوب اليمين لابن القاسم، وقال: عدم اليمين أحسن. وقد تقدم الفرق بين التخيير في أنه ليس له مناكرة، بخلاف التمليك أول الباب.

(ص): (وقال اللخميُّ: يَنْتَزِعُهُ الحاكِمُ مِن يَدِهَا، ما لمْ تُوقِعْهُ؛ لأنَّ الثلاثَ مَمنوعةٌ، وقيل: يجوز بآيةِ التَّخييرِ، وأُجيبَ بأنَّ السَّراحَ فيها لا يَقتَضي الثلاثَ، ولأنَّ الرسولَ صَلَّى اللهُ عليه وسَلَّمَ لا يَرْتَجِعُ....)

(ش): يعني: أن اللخمي لما رأى أن التخيير مقتضٍ للثلاث، وكان إيقاع الثلاث ممنوعًا، قال: ينتزع الحاكم التخيير من يدها؛ لتضمنه للممنوع؛ إلا أن تسبق بالقضاء فيمضي.

عياض: وذهب بعض شيوخنا إلى أنه مباح؛ إذ ليس هو إيقاع الثلاث، وإنما هو

سبب له، والظاهر الآية في أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتخيير وفعل ذلك. وهذا هو القول الذي ذكره المصنف بقوله: (وقيل: يجوز بآية التخيير)، وفي المسألة قول ثلاث لأبي عمران: يجوز التخيير ويكره للمرأة إيقاع الثلاث. وآية التخيير المشار إليها هي قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلا (٢٨) وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٨ - ٢٩].

قوله: (وأُجيبَ.... إلى آخره)، هذا جواب اللخمي عن الآية، يعني: أن قوله تعالى: ﴿وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] يقتضي أنه لم يجعل الطلاق إلى زوجاته، وإنما هو المطلِّق، ولو يعلم أن الزوجة المطلقة فإنما تطلق طلقة؛ لأن السراح لا يقتضي الثلاث، لا سيما كونه وصف بالجميل، نعم هو صلى الله عليه وسلم لا يرتجع من اختارت الفراق، بعد أن آثرت الدنيا على الله ورسوله والدار الآخرة، على أنه ولو سرح بالثلاث لكان ينبغي أن يكون حكمنا بذلك بخلافه، لعدم حصول الندم له عليه الصلاة والسلام، لأن كان يوحى إليه، بخلافنا.

والظاهر هنا هو الجواب الأول، وهو أنه صلى الله عليه وسلم هو المسرِّح، وبه يبطل الاستدلال بالآية الكريمة، ويؤيد هذا ما قاله القاضي إسماعيل في الأحكام: وقد ظن قوم أنه عليه الصلاة والسلام خير نساءه في الطلاق، وهذا ظن سوء منهم أن يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخير في طلاق ويكون ثلاثا، وإنما خيرهن بين الدنيا والآخرة؛ فإن اخترن الدنيا طلقن حينئذ طلاق السنة الذي علمه الله، ألا ترى إلى قوله: ﴿أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. وقاله ابن رشد، وعياض، وروى البخاري، ومسلم، والنسائي: أنه عليه الصلاة والسلام لما أمره الله بالتخيير، وبدأ بعائشة، وتلا عليها الآية، وقال لها: "لا عَلَيْكِ أَنْ لا تَستعْجلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ"[(١)].

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٤٧٨٦) ومسلم، برقم (١٤٧٧) والترمذي، برقم (٣٢٠٤) جميعا من حديث عائشة رضي الله عنها

قال ابن بطال: فيه حجة لمن قال: إنه إذا خير الرجل امرأته أو ملكها، أن لها أن تقضي في ذلك وإن افترقا من مجلسهما، روى هذا عن الحسن، والزهرى، وقاله مالك، وروي عن مالك أيضًا أن لها أن تقضي ما لم يوقفها السلطان، وكان قول مالك الأول أن اختيارها على المجلس، وهو اختيار ابن القاسم.

قال أبو عبيد: والذي عندنا في هذا اتباع السنة في عائشة في هذا الحديث حين جعل لها التأخير =

فقالت: أفي هذا أستأمر أبوي، فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة. قالت: ثم فعل أزواجه مثل ذلك. وما وقع في "المدونة[١]": أن بعض أزواجه اختارت الفراق، اللخمي، وعياض، وغيرهما: فليس بصحيح.

تنبيه:

استدل ابن عبد السلام على أن الطلاق المراد من الآية دون الثلاث لحصول المتعة؛ لأنه لو كان الثلاث لم تكن متعة، وليس بظاهر، لأن المذهب استحباب المتعة لكل مطلقة سواء طلقت ثلاثا أم لا، إلا ما استثنى وقد تقدم ذلك.

(ص): (**وقيلَ: بائنةٌ. وقيلَ: رجعيَّةٌ، وله مُناكرَتُها فيما زاد**)

(**ش**): هذان القولان هما مقابل المشهور المتقدم من كلام المصنف، والقول بأنها بائنة هو الذي حكاه ابن خويز منداد، عن مالك كما تقدم.

وقوله: (وقيل: رجعية، وله مناكرتها فيما زاد): هو القول الخامس من كلام القاضي عياض، لأن قوله: (وله مناكرتها فيما زاد) يدل على أنه إذا لم يناكرها تقع الثلاث، واعترض ابن عبد السلام عليه القول الأول بعدم وجوده، وقوله: إنه يتفق على لزوم الثلاث عند عدم المناكرة. ليس بظاهر لما تقدم.

(ص): (**وعلى المشهور لوْ أَوْقَعَتْ واحدةً لمْ تَقَعْ، وفي بُطْلانِ اختيارِها: قولانِ**)

(**ش**): يعني: وإذا فرعنا على المشهور أن التخيير للثلاث، فلو أوقعت المرأة واحدة لم تقع؛ لأنها غير الذي جعل لها، وهل يبطل خيارها بعدولها عما جعل لها؟ وهو المشهور، أم لا؟ ويكون لها بعد ذلك أن تقضيَ بالثلاث، وهو قول أشهب وهو قول أشهب، واستحسنه اللخمي؛ لأن المرأة لم تترك ما جعل لها إلا على تقدير حصول الواحدة.

ابن المواز: متممًا للمشهور: ما لم يتبين منه الرضى بما أوقعت فيلزم ذلك، وهل اللزوم فيما أوقعت من باب الطلاق بالنية أم لا؟ فيه تردد، وعورضت هذه المسألة بما

=

إلى أن تستأمر أبويها، ولم يجعل قيامها من مجلسها خروجًا من الأمر. وقال المروزي: وهذا أصح الأقاويل عندي، وقاله ابن المنذر والطحاوي، وبهذا نقول؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل لها الخيار في المجلس وبعده حتى تشاور أبويها، ولم يقل: فلا تستعجلي حتى تستأمري أبويك في مجلسك. انظر: شرح ابن بطال: ٤٩٩/٧، وما بعدها.

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٧.

إذا قالت المخيرة: اخترت نفسي إن دخلت علي ضرتي، فقال في "المدونة[1]": توقف لتختار أو تترك، ووجه المعارضة بينهما أن المخيرة في الأولى أخذت بعض حقها وهو الواحدة، وأسقطت ما زاد عليها، كما أنها أخذت في الثانية حقها في إحدى الحالتين، أعني بشرط الدخول على ضرتها، فإسقاطها لبعض حقها إن كان مقتضيا لسقوط حقها فهو سقوط فيهما، وإلا فلا فيهما، ولهذا قال سحنون: يسقط حقها أيضا في الثانية، وأجيب بأنها في الأولى تركت بعض ما جعل لها. وللزوج فيه غرض؛ لأنها إذا أوقعت الثلاث تسقط عنه نفقة العدة، فصارت لذلك الواحدة كأنها أمر آخر، بخلاف الثانية فإنها لم تترك شيئا للزوج فيه غرض، وإنما وقفت لحق الله تعالى في بقاء العصمة على الشك.

فرع:

اللخمي: إذا قال: اختاري تطليقتين، أو من تطليقتين، أو في تطليقتين، فالجواب مختلف فيه؛ فإن قال: اختاري تطليقتين، كان لها أن تقضي بهما، وإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء، وإن قال: اختاري من تطليقتين، قضت بواحدة ولم تستكمل اثنتين. واختلف إذا قال: اختاري في تطليقتين، ففي "المدونة[2]": تقضي بهما، وإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء. وقال ابن سحنون: لها أن تقضي بواحدة. وعن أصبغ: إذا قال: اختاري من ثلاث: أنها البتة. قال في "المدونة": وإن قال لها: طلقي نفسك ثلاثا. فقالت: طلقت نفسي واحدة. لم يقع عليها شيء.

(ص): (**وأَمَّا غيرُ المَدخُولِ بها تُوقِعُ الثلاثَ، فله نيَّتُهُ ويَحْلِفُ، وإلا وَقَعَتْ، فإنْ لمْ يَكُنْ له نِيَّةٌ وَقَعَتِ الثَّلاثُ....**)

(**ش**): حاصله أن الحكم في التخيير، إذا كانت المرأة غير مدخول بها كالمملكة فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة بالشروط المتقدمة.

فرع:

واختلف في المدخول بها هل تعطي شيئا على أن يخيرها، فقال مالك: تلزمه البتة باختيارها نفسها، ولا مناكرة له. وقال سحنون، وابن المواز: له أن يناكرها؛ لأنها تبين بالواحدة.

ابن محرز: وهو أظهر؛ لأنها تبين بالواحدة، فكانت كغير المدخول بها. قال: ووجه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٨.

قول مالك: أنها إنما أعطته على الخيار، وحكم الخيار أنه لا مناكرة فيه بعد الدخول.

(ص): **(ويبقَى بيَدِها وإن تفرَّقا، أو طالَ، وإليه رَجَعَ، ولو عُلِمَ أنَّهُما خَرَجَا عَمَّا كَانَا فيهِ إلى غيرِهِ حتَّى تُجيبَ، أَوْ يُسْقِطَهُ الحاكِمُ، وقالَ ابنُ القاسمِ: والأكْثرُ يَسْقُطُ إنْ تَفرَّقَا، أوْ طَالَ....)**

(ش): وهذا كما تقدم في التمليك سواء، ولا يؤخذ من قول المصنف: (وقال ابن القاسم: والأكثر) أن ابن القاسم قال بهذا القول، وقد قدمنا أنه قال به، ولم يحفظ له غيره.

(ص): **(أمَّا لوْ قُيِّدَ الجميعُ بوقتٍ تَقَيَّدَ به إلا أن تَرُدَّ، أو يُسْقِطَهُ الحاكِمُ)**

(ش): (الجميعُ)؛ أي: التمليك والتخيير، ويحتمل أو يريد جميع صيغ التخيير والتمليك سواء كانت تدل على التكرار ككلما، أو على امتداد الزمان كمتى، كما لو قال: لك الخيار في هذا اليوم، أو إلى شهر، أو سنة، تقيد به ولا يتعداه، ففي "المدونة[1]": وإن قال لها: اختاري اليوم كله. فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها. واختلف هل هذا على قوليه معا في التمليك؟ وإليه ذهب ابن أبي زيد، والقابسي، وابن الحارث، وغيرهم.

ابن محرز، وابن يونس: وهو الصواب.

أو اليوم هنا مثل المجلس، ويدخله القولان إذا انقضى اليوم، ونقله عبد الحق، عن بعض القرويين.

(إلا أن تَرُدَّ)؛ أي: ما جعل لها، وتختار زوجها، أو يسقط الحاكم إذا اطلع؛ لحق الله في بقاء العصمة على الشك. قال في "المدونة[2]": وإن قال لها: أمرك بيدك إلى سنة. وقعت متى علم ذلك، ولا تترك تحته، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد.

ابن القاسم: وكذلك إذا قال لها: إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق. فإنها توقف إما أن تقضي أو ترد، إلا أن يطلقها في الوجهين وهي طائعة فيزول ما بيدها، وقال ابن شعبان: لا قضاء لها حتى يأتي الأجل، وله الوطء إلى ذلك الأجل، وفي بعض الروايات: لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها إلى أجل بعيد؛ إلا أن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٣٩. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٤١.

يكون ذلك اليوم وشبهه، فيوقف عن امرأته في اليوم وشبهه حتى ترجع إليه أو تفارقه.

(ص): **(لو قالت: اخترتُ نفسي، ونحوَه مِن الظواهرِ فهو البَتاتُ)**

(ش): لما قدم التخيير من جهة الرجل تكلم على الجواب من جهة المرأة.

واعلم أن جوابها قسمان:

صريح: كما لو قالت: طلقت نفسي ثلاثا. ولا شك في لزوم الثلاث، كما لو قالت: اخترت زوجي. أو رددت ما جعل إليّ من التخيير. فلا شك في عدم لزوم الطلاق، ولما كان هذا واضحًا أعرض المصنف عنه.

والثاني ظاهر: كما لو قالت: اخترت نفسي.... ونحوه، قال في "المدونة[1]": وإن أجابته بألفاظ ظاهرة المعاني كقولها: اخترت نفسي. أو: طلقت نفسي. أو: طلقت نفسي ثلاثا. أن: بنت منك. أو: بنت مني. أو: قد حرمت عليك. أو: حرمن علي. أو: برئت منك. أو: برئت مني. أو نحو هذا فهو البتات، ولا تسأل فيه المرأة عن نيتها في خيار، ولا في تمليك؛ إلا أن للزوج أن يناكرها في التمليك كما وصفنا قبل.

واختلف إذا سئلت: أي الطلاق أرادت بقولها: اخترت نفسي؟ فلم تكن لها نية، فقال ابن القاسم مرة: واحدة. ومرة: ثلاثا. وبالأول قال ابن الماجشون. وبالثاني قال أصبغ، وكذلك إذا قالت: اخترت الفراق.

(ص): **(وإنْ قالتْ: طلقتُ نفسي. ونحوه، سُئِلَتْ، فإن أرادت ثلاثا وَقَعَتْ، وإلا لمْ تَقَعْ)**

(ش): هذا مذهب "المدونة[2]"، واختلف شارحوها إذا لم تكن لها نية، فقال صاحب " المقدمات": يلزم الزوج ثلاثا إلا أن يناكرها في التمليك. وقال عبد الحق: إذا لم تكن له نية ولا لها فهي طلقة واحدة تلزم في التمليك، وسقط في التخيير.

وفي "المقدمات": إذا قالت: طلقت نفسي: خمسة أقوال:

الأول: مذهب "المدونة[3]": تسأل في المجلس وبعده، في التخيير والتمليك، وإن لم تكن لها نية فهي ثلاث؛ إلا أن يناكرها في التمليك.

والثاني: إنها تسأل في المجلس أيضا وبعده في التخيير والتمليك، وإن لم تكن له نية فهي واحدة تلزمه في التمليك، وتسقط في التخيير.

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٤٢. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٤٦.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١٤٧.

والثالث: أنها لا تسأل في التخيير والتمليك، وهي واحدة تلزم في التمليك، وتسقط في التخيير، فإن قالت في المجلس: أردت ثلاثا. فهي ثلاث، إلا أن يناكرها في التمليك. وهو قول ابن القاسم في "الواضحة".

والرابع: إنها لا تسأل في التخيير والتمليك، وهي ثلاث؛ إلا أن تقول في المجلس: أردت واحدة. فيسقط التخيير. وهو قول أصبغ في "الواضحة".

والخامس: إنها لا تسأل في التمليك، وهي واحدة؛ إلا أن تريد أكثر من ذلك فيكون للزوج أن يناكرها، وتسأل في التخيير، فإن قالت: أردت ثلاثا. صدقت وكانت ثلاثا، وإن قالت: واحدة. أو: اثنتين. أو لم تكن لها نية، أو افترقا من المجلس قبل أن تسأل، سقط خيارها.

قال: وأما إن قالت: أنا طالق. فلا تسأل في تمليك ولا تخيير، وتكون واحدة تلزم في التمليك، وتسقط في التخيير؛ إلا أن تقول في المجلس: نويت ثلاثا. فتلزم في التخيير، ويكون للزوج في التمليك أن يناكرها، ولا أحفظ في هذا نص خلاف.

وأما إن قالت: اخترت الطلاق. فالذي أرى فيه على أصولها أنها تسأل في التخيير والتمليك؛ لأن هذه الألف واللام قد يراد بهما الجنس فتكون ثلاثا، ويراد بهما العهد وهو الطلاق السني المشروع فتكون واحدة. فإذا احتمل اللفظ الوجهين وجب أن تسأل: أيهما أردت؟ فإن قالت: لم تكن لي نية. كانت ثلاثا على قول أصبغ في "الواضحة". ومذهب ابن القاسم في "المدونة[1] " في التي تقول: قد طلقت نفسي. ولا نية لها: أنها ثلاث. وواحدة على قول ابن القاسم في "الواضحة " في التي تقول: طلقت نفسي. ولا نية لها: أنها واحدة.

ويحتمل أن يكون الألف واللام للعهد، وهو الطلاق الذي ملكها إياه، فيكون ثلاثا.

وقد كان ابن زرب يتوقف في الجواب في هذه المسألة؛ إذ لم يجد في "المدونة[2]"، ولا في "العتبية " فيها نصًا. ونحو: طلقت نفسي: طلقت زوجي. أو: أنا مطلقة. أو: هو مطلق. وكذلك ما تقدم من الألفاظ التي في "المدونة" في التي قبلها.

(ص): **(فلو أبانَها قبْل اختيارِها، ثُم تَزَوَّجَها انْقَطَعَ التخييرُ؛ لأنَّها رضيَتْ، بخلافِ الرَّجْعِيِّ)**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٤٧. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٤٨.

(ش): يعني: إذا خيرها، ثم أبانها إما بخلع أو بثلاث، فإنه إذا تزوجها ينقطع خيارها؛ لأنها رضيت بتزويجه، وإذا كان تمليكها من نفسها دليلا على إسقاط حقها، فإنشاء عقدة النكاح أولى، بخلاف ما إذا طلقها طلاقا رجعيًا فإن خيارها لا ينقطع؛ لأن حكمها حكم الزوجة فلها أن تختار.

(ص): **(ولوْ جعَله بيَدِ أجنبيّ، وتفرقا في المجلس، فكالمرأة في القولين، فإنْ غابَ ولمْ يُشهِدْ أنَّه باقٍ سَقَطَ، وإنْ أَشْهَدَ أسقطَه الحاكمُ في بَعيدِ الغَيبَةِ، وجعَله إلى الزوجةِ، وروي: لا يَسقُطُ، فيكونُ كالمولي)**

(ش): اختلف أولا هل له أن يجعل الأمر في الطلاق إلى غير الزوجة؟ وهو مذهب "المدونة[1]"، وعليه اقتصر المصنف، وسواء كان الأجنبي حاضرًا أو قريب الغيبة، قال في سماع عيسى: كاليومين والثلاثة. وقال في "الواضحة"، عن ابن القاسم: كاليوم وشبهه. ابن القاسم: وأما إن كان بعيدًا رجع الأمر إليها، وليس أن يجعل الأمر إلى غيرها، وإن كان حاضرًا، ويرجع الأمر إليها فتقضي أو ترد، وهو قول أصبغ، وعلى المشهور فإما أن يكون حينئذ حاضرًا أو غائبًا.

وإنما تكلم المصنف على الحاضر، ثم الحاضر إن لم يغب ففي بطلان ما بيده بانقضاء المجلس القولان السابقان في المرأة، وهكذا في "المدونة[2]"، وزاد فيها: أنه إن مكن المملك من المرأة وزوجها زال ما بيدها من أمرها، أي على القولين. وإذا فرع على القول بعدم السقوط بالتفرق، فلو مكنت الزوجة ولم يعلم الأجنبي، ففي "المدونة": يسقط خياره. وقال محمد: لا يسقط. واستحسنه اللخمي قال: وإذا ثبت أن للأجنبي حقًا فلا يكون للزوج أن يطأ الزوجة إلا بعد علم الأجنبي. وأما إن غاب، وإليه أشار بقوله: (فإن غاب ولم يُشهِد أنه باق) على حقه (سقط) ما بيده؛ لأن عدم الشهادة دليل على إسقاط حقه، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة، وكذلك كلام ابن بشير، وابن شاس.

وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يفرق بين طول الغيبة وقصرها، كما في القسم الذي يقابله، وقد يقال: إذا لم يشهد كان ذلك قرينة في إسقاط حقه، ولا سيما والخلاف في أصل المسألة، أعني: هل يسقط الخيار انقضاء المجلس أم لا؟ أما إن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٥٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٥١.

أشهد أنه باق على حقه ففي "الجواهر": إن قربت الغيبة كتب إليه بإسقاط ما بيده، وإمضاء ما جعل إليه، وإن بعدت، فقيل: يسقط ما بيده، وينتقل إلى الزوجة؛ لأن المملك كالنائب عنها.

وفي "الموازية": ذلك بيده، ولا يقربها الزوج؛ لأنه قد جعل الأمر في طلاقها إلى غيره، فيلزمه ما التزم. وإذا فرعنا على هذا، ثم قامت بحقها في الوطء ضرب لها أجل المولي إذا رجي قدومه، واستعلام ما عنده في الأجل، وأما إن لم يكن يرجى ذلك ففي ضرب الأجل قولان للمتأخرين، فقول المصنف في بعيد الغيبة. وأما في قربها فينظر ما عنده.

وقوله: (وروي: لا يسقط) هو ما في "الموازية".

مالك: والأجل من يوم ترفعه، وفيه نظر؛ لأن المشهور المذهب عدم ضرب الأجل في حق من امتنع من الوطء بغير يمين؛ إلا أن يقال: هذا مبني على الشاذ.

وقول المصنف في القول الأول، وجعله إلى الزوجة، قد يخرج منه خلاف من رواية عليٍّ، عن مالك في الذي تزوج امرأة، وشرطت عليه أمها في العقد: إن نكح عليها، أو تسرى، أو خرج بها من بلدها، فأمرها بيد الأم، ثم ماتت الأم: فلا يكون ذلك بيد أحد غير من جعله الزوج بيده؛ لأنه يقول: لم أكن أرضى أن أجعل أمر امرأتي إلا بيدها؛ لنظرها وقلة عجلتها. وهو خلاف "المدونة[1]". وحكى المتيطي، وغيره روايتين إذا أوصت الأم به إلى أجنبي، وماتت: هل ينتقل إلى من أوصت له، أم لا؟

فرع:

قال اللخمي: وإن ملّك غائبا، فإن كان قريبًا كتب إليه ليعلم ما عنده، واختلف إن كان بعيدًا: فلمالك في "الموازية": يضرب له الأجل من يوم ترفع، فإن قدم وإلا طلقت عليه بالإيلاء.

محمد: فإن قدم في العدة، فقضى بالطلاق لزم الزوج مع طلقه الإيلاء، وإن لم يطلِّق كأن أن يرتجع متى شاء ما كانت فيه العدة، وقال أيضا: لا يرجع الأمر إليها إذا كان يرجى قدومه في الأجل.

وقد اختلف في هذا الأصل: هل يجعل الطلقة الآن؛ لما كان الصبر لا يفيد، وهو

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٥٧.

مضرة عليها؟ أو يصيب رجاء أن ينتقل رأيها إلى الصبر، وإذا طلَّق بالإيلاء كان له أن يمنعه الرجعة؛ لأنه ممنوع من الإجابة، وإن انقضت العدة لم يجزْ له أن يتزوجها؛ لأنه ممنوع منها حتى يقدم فلان، ولا يجوز له أن يتزوج من لا يحل له وطؤها، ولا يتعرض بالحائض؛ لأن ما فوق الإزار جائز، وهذه ممنوعة جملة.

(ص): (**ولو خَيَّرَها قبْل البلوغِ اعْتُبِرَ، وقال ابنُ القاسمِ: إنْ بَلَغَتْ حَدَّ الوَطْءِ**)

(**ش**): مقتضى كلامه: أن قول ابن القاسم مخالف للأول لعطفه عليه بالواو، وفي "النوادر"، عن " الموازية": قال مالك: إذا خيَّر زوجته قبل أن تبلغ، وقبل البناء، واختارت نفسها فهو طلاق إن بلغت في حالها.

ابن القاسم: يريد حد الوطء، فإن ابن القاسم إنما قصد التفسير، لكن وقع لمالك في سماع عيسى: أن الطلاق يلزمه وإن لم تبلغ مبلغًا يوطأ مثلها، إذا كانت قد عقلت وعرفت ما ملكت فيه.

ومثله أيضا لابن القاسم أيضا في سماع أبي زيد، فتفسيره ضعيف، لأن الموجود لمالك خلافه. ولو كانت صغيرة لم تعقل معنى الخيار لاستؤني حتى تعقل، ثم تختار. قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد. انتهى.

وقال سحنون في "العتبية": لها الخيار وإن لم تبلغ؛ لأنه هو الذي جعل ذلك إليها، ونحوه نقل اللخمي، عن أشهب، وعبد الملك، قال في "البيان": وقول سحنون: وإن لم تبلغ. يريد: وإن لم تبلغ الحيض، ومن تأول عليه أن لها الخيار وإن لم تبلغ مبلغًا تعرف فيه معنى الطلاق، فقد أبعد. ووقع لعبد الملك في من خيّر المغمورة، فاختارت نفسها، قال: إن خيّرها وهي مفيقة، ثم غمرت فقضاؤها غير جائز، وإن خيّرها وهي مغمورة فقضت جاز قضاؤها؛ لأنه في حد رضي لنفسه بقضائها. قال: وكذلك لو ملّك صبيا أمر امرأته لجاز قضاؤه إن كان يعقل ما جعل له، وما يجيب به، فإن كان يخلط في كلامه، ولا يعقل ما جعل له لم يجز. وانظر هل قوله في الصبي مخالف لقوله في المغمورة؟

(ص): (**وحكم التخييرِ والتمليكِ في التعليقِ كالطلاقِ في التنجيزِ والتأخيرِ، مِثلَ: إنْ مَضَتْ سَنَةٌ. فَيَتَنَجَّزُ، وإنْ دَخَلَتِ الدارَ. فيَتأخَّرُ....**)

(**ش**): تصوره ظاهر، وقوله: (كالطلاق)؛ أي: وفاقًا وخلافًا.

(ص): (**ولوْ قالَ: إنْ غِبْتُ شهرًا فأمرُكِ بيَدِكِ. فغاب، وطلَّقَتْ نفسَها، وتزوَّجَتْ، ثُمَّ ثَبَتَ أنه قَدِمَ قبْل ذلك، وإنْ كانت قد عَلِمَتْ فُسِخَ، وإلا فقولانِ، كمَن طلَّق،**)

فتزوَّجَتْ وقد ارْتَجَعَ....)

(ش): وقوله: (وإن كانت قد عَلِمَتْ)؛ أي: بقدومه (فسخ).

قوله: (وإلا)؛ أي: وإن لم تعلم (فقولانِ): المشهور أنها تفوت بالدخول. وهاتان المسألتان من نظائر المفقود، وقد تقدمتا.

واعلم أنها تطلق نفسها في المسألة الأولى بعد أن تثبت الغيبة، ثم تحلف لقد غاب عنها الغيبة المذكورة، ولا يرجع إليها سرًّا ولا جهرًا، ثم إذا فعلت ذلك أباح لها القاضي أن تطلق نفسها.

(ص): **(ولو قال: إنْ قَدِمَ فُلانٌ. فقَدِمَ ولَمْ تَعْلَمْ، ثُمَّ وَطِئَها فهي على خيارِها)**

(ش): تصوره ظاهر، ويعاقب إن علم ووطئها.

(ص): **(الرَّجعةُ: رَدُّ المُعتدَّةِ عن طلاقٍ قاصِرٍ عن الغايةِ ابتداءً، غيرَ خُلْعٍ، بَعْدَ دُخُولٍ، ووَطْءٍ جائزٍ، ولمْ يَشترِط ابنُ الماجشونِ جَوَازَ الوَطْءِ....)**

(ش): يقال: (الرجعة) بفتح الراء، وكسرها، الجوهري[1]: والفتح أفصح، وأنكر غيره الكسر، ورسمها المصنف بقوله: (رَدُّ المُعتدَّةِ.... إلى آخره)، فرد المعتدة كالجنس، فقال: رد المعتدة؛ لأنه لو تزوج ابتداءً، وردها بعد خروجها من عدة الطلاق لم تكن رجعية، وعن طلاق لا يخرج به شيء، وإنما ذكره توصلا إلى قوله: (قاصرٍ)؛ إذ لو قال: رد المعتدة عن قاصر، لكان قبيحًا، وقولنا: لا يخرج به شيء؛ لأن رد المعتدة لا يكون إلا عن طلاق. وقال (عن الغاية)، ولم يقل: عن الثلاث؛ ليشمل الحر والعبد؛ لأن غاية طلاقه اثنتان، فلو قال: قاصر عن الثلاث؛ لاقتضى أن العبد إذا طلق اثنتين أن تكون له الرجعة.

وقوله: (ابتداءً) راجع إلى قوله: (قاصرٍ)، لا إلى قوله: (طلاقٍ)؛ لأنه لو رجع إلى قوله: (طلاق) لم ينعكس الحد لخروج الحر إذا طلق زوجته طلقة بائنة؛ لأنه لا يصدق عليه أنه طلاق مبتدأ، بخلاف ما إذا أعدناه إلى (قاصر) فإن الطلقة الثانية قاصرة عن الغاية باعتبار الابتداء.

ويمكن أن يقال: (ابتداء) كالصفة للغاية، ويكون المعنى قاصر عن الغاية الابتدائية لا إلى الانتهائية، فإن العبد إذا طلق طلقة في رقه، ثم أعتق، فليس له بعد عتقه إلا

---

(١) هو أبو نصر، إسماعيل بن حماد التركي، يضرب به المثل في ضبط اللغة، صنف كتاب الصحاح. وتوفي سنة ٣٩٣هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ١٧/ ٨٠ وما بعدها.

واحدة تكملة غاية الأولى، فانظره.

واحترز بقوله: (غيرَ خُلع)؛ فإنه لا رجعة فيه. وبقوله: (بَعْدَ دخول) من الطلقة قبله فلا رجعة له، والظاهر أن قوله: (ردُّ المعتدةِ) يغني عن هذا؛ لأن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها، وبـ: (وطءٍ جائزٍ) مما لو دخل بها ووطئها حائضا، أو في نهار رمضان؛ فإنه لا يكون له الرجعة بذلك، كما لا يقع به الإحلال والإحصان؛ لأن ذلك الوطء كلا وطء؛ إذ المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًّا.

ولم يشترط ابن الماجشون في الرجعة جواز الوطء، وقوله مقيد بما إذا لم يكن الوطء محرمًا بالأصالة، وأما المحرم بالأصالة وهو الوطء في الدبر، فإنه يوافق على عدم اعتباره، ووجهه: أنه وطء في زوجة يوجب تكميل الصداق، فوجب أن يجلب للزوج الرجعة.

وذهب ابن حبيب، واللخمي إلى: أن خلافه فيما عدا صوم التطوع، وقضاء رمضان، والاعتكاف، وغير المنذور، وأما في الثلاث فيحل اتفاقا؛ لأن الصوم يفسد في هذا بأول الملاقاة، بخلاف رمضان، والنذر المعين فإنه مخاطب بالإمساك عن التمادي، وذهب الباجي إلى: أن الخلاف مطلق.

واعلم أنه متى حصلت هذه القيود كان للزوج أن يرتجع الزوجة أحبت أم كرهت، والإجماع على ذلك، واعترض على الحدِّ الذي ذكره المصنف بأنه غير جامع؛ لأنه المطلَّق عليه بالإيلاء، أو لعدم النفقة، لا تصح لأحدهما الرجعة إلا بعد ذهاب الموجب للطلاق بفيئة المولي، أو يسر المعسر. واختلف إذا رضيت الزوجة بالرجعة ولم يصب، قال سحنون في "السليمانية " في المولي، وعادم النفقة: لا تصح رجعتهما وإن رضيت، ولا تنهدم عدة ثبتت بطلاق، بمعنى إلا بزوال ذلك المعنى الذي طلقت له.

وقال ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون في "الواضحة " في من حلف بطلاق امرأته البتة ألا يصيبها سنة، فقامت بحقها فطلق عليها بالإيلاء، فله أن يرتجعها برضاها، قالوا: لأن لها أن تقيم بغير وطء إلى انقضاء السنة، فأجازوا رجعته إذا رضيت بترك الإصابة وإن لم يرتفع السبب.

اللخمي: وهو أحسن؛ لأن الطلاق كان لحق آدمي، وأيضًا فإنَّ كلَّ طلاق يوقعه الحاكم غير هذين الطلاقين بائن ليس للزوج فيه رجعة، مع أن كلام المصنف يقتضي أن تكون له الرجعة في ذلك؛ إذ يصدق عليها: أنها معتدة من طلاق قاصر، إلى آخره، فكان ينبغي للمصنف أن يزيد بعد قوله: (طلاق) غير حكمي، لتخرج هذه الصورة، وقد

يجاب عنهما. أما المولي والمعسر بالنفقة فلا نسلم أنه ليس لكل واحد منهما الرجعة، بل لهما الرجعة، وإنما لصحتها شرط؛ إذ لو ارتجع المعسر بالنفقة، ثم أيسر في العدة، صحت رجعته، وعن الثاني فإنه إنما سكت عن التنبيه على ذلك؛ لأنه رأى أن قوله: (غيرَ خُلع) مغن عنه؛ لاشتراك الجميع في البينونة، والله أعلم.

(ص): **(فلوْ لمْ يُعرَف دُخولٌ فلا رَجعَةَ له، ولوْ تَصادَقَا على الوَطْءِ قبْلَ الطلاق، ويَلْزَمُ كُلَّ واحدٍ بمُقتَضَى إقرارِهِ.....)**

(**ش**): هذا شروع من المصنف في الكلام على ما احترز به من القيود؛ فقوله: (فلو لم يعرف دخول فلا رجعة) إلى قوله: (بَعْدَ دُخولٍ) ولم تكن له رجعة، وإن تصادقا على الوطء؛ لأن ذلك ذريعة إلى نكاح بلا ولي ولا صداق، إلا أن يظهر حمل، ولا ينكره، فتصح الرجعة؛ لأن الحمل قاطع للتهمة، وإذا لم يصدقهما فيلزم كل واحد بمقتضى إقراره، فيلزم الزوج بالنفقة والكسوة والسكنى، وألا يتزوج أختها أو خامسة، وتلزم المرأة العدة، وألا تتزوج غيره. وهكذا قال في "المدونة[1]"، زاد فيها: ولا يتوارثان، فإن لم يصدق فلا عدة عليها، ولا نفقة ولا كسوة.

(ص): **(فلوْ خَلا، وادَّعَى الوَطْءَ، وأَنْكَرَتْهُ، ففي ثبوتِ الرَّجعةِ قولانِ)**

(**ش**): ظاهر قوله: (خلا) أنه لا فرق بين خلوة الاهتداء والزيارة، والضمير في قوله: (**وأنكرَتْه**) عائدٌ على الوطء.

وتصور كلامه ظاهر، وفي "المدونة[2]": وإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء صدق إنكاره الوطء، ولها نصف الصداق. فإن أقر هاهنا بالوطء، وأكذبته، فلها أخذ جميع صداقها بإقراره، أو نصفه، ولا بد لها من العدة للخلوة، ولا رجعة له. انتهى.

ومفهومه: أنه لو كانت خلوة بناء: أن له الرجعة، وكذا قال اللخمي: الظاهر من قول ابن القاسم: أنها تصح في خلوة البناء دون خلوة الزيارة. ونحوه لابن المواز؛ لأنه قال: الموضع الذي يقبل قوله في الصداق يقبل قوله في إيجاب العدة، وفي ثبوت الرجعة، وفي دعواه دفع الصداق إليها. وقاله ابن رشد.

اللخمي: قال مالك في "المختصر": لا رجعة له إذا انفرد بدعوى الإصابة، وجعل حكم الرجعة **لا** يصح إلا بإجتماعهما على الإصابة كالإحلال.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٥٧. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٦١.

خليل: وإذا كانت هذه المسألة جارية على الصداق فيتخرج في كل من خلوة البناء والزيارة قولان، والمشهور: يقبل قوله في خلوة الاهتداء دون خلوة الزيارة.

(ص): **(وإذا ادَّعَتْ انقضاءَ العِدَّةِ بوضْعٍ أو غيرِهِ صُدِّقَتْ عليهِ بغيرِ يَمينٍ ما أَمْكَنَ، وإنْ كانَ على خلافِ عادَتِها، وفي قُبُولِ النَّادِرِ: قولانِ....)**

(ش): لما كان الارتجاع إنما يكون في زمن العدة، بيَّن المصنف أنها مصدقة في انقضائها سواء كانت بوضع أو حيض، وهو مراده بقوله: (أو غيره)، وأما الأشهر فهن والرجال سواء.

وقوله (بغير يمين ما أمكن)، هو كقوله في "المدونة[1]": وإذا قال لمعتدة: قد راجعتك. فأجابته نسقًا لكلامه: قد انقضت عدتي؛ فإن مضت مدة تنقضي في زمن مثلها صدقت بغير يمين، وإلا لم تصدق. وقضى أبان بن عثمان في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوما: أن عدتها قد انقضت: أنها مصدقة وتحلف، وليس العمل على التحليف إذا ادعت ما تحيض في مثله، وهذا لأنهن مأمونات على فروجهن، ولا يعلم ذلك إلا من جهتهن، ألا ترى قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فلولا أن قولهن مقبول في ذلك، وإلا لما كان لعدم حلِّية الكتمان فائدة.

وقوله: (وفي قُبول النادرِ: قولانِ): اللخمي: واختلف إذا كانت المدة تنقضي فيها العدة للنادر هل تصدق؟ فقال مالك في "المدونة[2]": إذا قالت: حضت ثلاث حيض في شهر. يسأل النساء، فإن كن يحضن ويطهرن لذلك صدقت. وقال في "الموازية": لا تصدق في شهر. وقال أيضا: لا تصدق في شهر ونصف، وما أراها إلا عجلت زمان أقل حيض النساء أن يقمن خمسًا، وقال سحنون: لا تصدق في أقل من شهرين. وعنه: أقل ما تصدق فيه أربعون. وقال ابن العربي: عادة النساء عندنا أن تحيض في كل شهر مرة، فإنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر.

(ص): **(ولا يُفيدُ تكذيبُها نفسَها، ولا أنَّها رَأَتْ أوَّلَ الدَّمِ وانْقَطَعَ، ولا رُؤْيَةَ النِّساءِ لها في وَضْعٍ، ولا حَيْضٍ....)**

(ش): يعني: إذا قالت: انقضت عدتي؛ ثم أكذبت نفسها، أو قالت: إنما قلت: إن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٦٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٧٢.

عدتي انقضت؛ لأني رأيت دمًا وظننت أنه يتمادى، وقد انقطع بإثر قولي. أو نظر النساء إليها فلم يرين بها أثر حيض، ولا وضع؛ فلا عبرة بقولها ولا قولهن، وبانت بقولها الأول، وتصديقها ذريعة إلى إجازة النكاح بغير شروطه، ورتب المصنف هذه الثلاث مسائل ترتيبًا حسنًا، لأنه حكم أولا بعدم قبول قول المرأة التي أكذبت نفسها، ثم عقبه بعدم قبول قول من لم تكذب نفسها، ثم عقبه بعدم قبول قول من شهد لها النساء بصدقها.

ولا إشكال في المسألة الأولى؛ لأن خبرها في غاية الضعف، وأما الثانية ففي "المدونة[1] " ما ذكره المصنف، وفيه إشكال؛ لأن أكثر أصحابنا قالوا: إنها لا تحل بدخولها في الحيضة الثالثة؛ إلا بشرط الدوام؛ فينبغي أن يقبل قولها في دعواها الانقطاع، وكما هي مؤتمنة في وجوده أولا، فكذلك تؤتمن على تماديه وانقطاعه، وكما في قبول قولها داعية إلى إجازة نكاح بغير شروطه، ففي عدم قبول قولها إباحتها للغير بالشك. ولم ينص في "المدونة" على عدم قبول شهادة النساء إذا شهدن بعدم الوضع، وإنما نص فيها على عدم القبول إذا شهدن بعدم الحيض، لكن الظاهر ألا فرق.

(ص): (**وإذا ماتَ زَوْجُها بَعْدَ سَنَةٍ، فقالت: لم أحض إلا واحدةً. فإنْ كانت غيرَ مُرْضِعٍ لمْ تُصَدَّقْ؛ إلا إنْ كانت مُظْهِرَةً للتَّأخِيرِ فَتُصَدَّقُ....**)

(**ش**): يعني: إذا طلَّق الرجل زَوْجَته طلاقًا رجعيًّا، ثم مات بعد سَنَة من يوم الطلاق، وقالت: لم أحض إلا واحدة، فإن كانت مُرْضعًا - اللخمي: أو مريضة - صُدِّقت؛ لأنَّ الرِّضاع والمرض يَمْنَعان الحيض. وإن كانت صحيحة غير مرضع، فقال في "الموازية" ما ذكره المصنف: لا تُصدَّق؛ لأنها تُتَّهم على أَخْذ الميراث من الزوج بدعوى أمر نادر، إلا أن تكون قَبْل موت مُطلقها تذكر أنها لم تحض إلا مرة واحدة، لضعف التُّهمة حينئذٍ، فتصدق على الأصل.

وقال ابن مزين: تُصدَّق إذا ادَّعت تأخير حيضها بعد انقضاء سَنَة، وتحلف بالله ما حاضت ثلاث حيض.

ولعلَّ هذين القولَيْن سابقين في دعوى النادر، إلا أن ذلك بحسب قصر العُدة، وهذا بحسب طولها.

قال في "البيان": ولو كانت بقرب السَّنَة، لجرت على القولَيْن في السَّنَة، وفُهم من

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٧٢.

كلام المصنف أنها لا تُصدق فيما دون السنة. قال في "البيان": وينبغي أن تُصدق في نحو الأربعة أشهر وعشر بغير يَمِين، وفي الستة أشهر ونحوه بيمين، قال: وأما إن ادَّعت بعد موت زوجها بأكثر من العام والعامين أنها لم تستكمل ثلاث حِيَض، ألا تُصدق إلا أن تكون ذكرت ذلك في حياته قولا واحدًا.

اللخمي: وإن كان الطلاق بائنًا، صُدقت؛ لأنها معترفة على نفسها في موضع لا تهمة عليها فيه، وأما إن كان الزوج حيًّا، فإن صَدَّقها الزوج كانت لها النفقة، ولم تكن من الرجعة.

ويُختلف إذا كذبها، هل يصدّق؛ لأنها تُتَّهم في بقاء النفقة. ويُختلف إذا ماتت الزوجة بعد مُضي عدَّتها المعتادة، هل تحمل على أنها في العِدَّة ويرثها الزوج؟ فلمالك في كتاب "المدنيين": إن ماتت بعد ثلاثة أشهر، وادَّعى الزوج أنها كانت حاملا فإنه يرثها، والبيّنة على من أراد منعه.

وفي (كتاب الاستبراء)، في من باع أَمَة ببراءة من الحمل وهو مقر بالوطء، ولم يستبرئ، فمضى لها بعد البيْع قدر حيضة - محمد: وذلك قدر شهر -: انتقل الضمان وكانت المصيبة من المشتري.

اللخمي: فنقل الضمان، وهو لا يدري هل رأت دمًا أم لا؟ بل قال المشتري: لم تحض عندي؛ لم يصدق. وعلى هذا فيحمل من المرأة إذا انقضى الأمد المعتاد، على أنها رأت الأقراء ثم ماتت، وعلى هذا لا يرثها. وهذه المسألة دخيلة في هذا الباب؛ لأن إرثها ليس في الرجعة بل في الميراث. والله اعلم.

(ص): **(وإمكان انقضاء الأقراء مبنيٌّ على الاختلاف في أقلِّ الطُّهر، في العِدَّة والاسْتِبْرَاء)**

(**ش**): لما ذكر أن المرأة تُصدق إذا ادَّعت انقضاء العدة ما أمكن - مبنيٌّ على أقل الطُّهر -، والحيض المذكور في العدة والاستبراء، وإنما قال في العدة والاستبراء؛ لأن الحيض من باب العبادات لا حدّ له، بخلاف العدد كما سيأتي. وأما الطهر فهو في البابين مُتحد كما قدَّمناه في (باب الطهارة).

(ص): **(ولو أَشْهَدَ برَجْعَتِهَا فَصَمَتَتْ، ثم ادَّعت أنها كانت انقضت، لم يقبل)**

(**ش**): لأن سكوتها مع إشهاده، كالإقرار له بصحة رجعته، فادِّعاؤها بعد ذلك أن عدتها كانت انقضت، يُعد ندمًا، فلذلك لا يُقبل. وأجرى ابن رشد في هذه المسألة قولا

بأن سكوتها لا يُعد إقرارًا، من خلاف ذكره في هذا الأصل.

(ص): **(وإذا قالت: حِضْتُ ثلاثًا، فأقام بيّنة على قولها قَبْلَه بما يُكذِّبها، صحَّت رجعته)**

(ش): يعني: إذا أراد المُطلِّق الرجعة، فقالت له المطلَّقة: قد حِضْت ثالثة؛ وذلك لمُدة تنقضي فيها العدة غالبًا، فقال الزوج: قد قلت بالأمس: أنك لم تحيضي، أو إنما حضت مرة واحدة، فلا يلتفت إلى قوله.

أشهب: ولا يُقبل تصديقها له، إلا أن يقيم الزوج بيّنة أنها قالت أمس: لم أحض. وإنما حضت مرة، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم القول، ما تحيض فيه كمال الثلاث.

(ص): **(وإذا ادَّعى أنه رَاجَعَها قَبْل انقِضَائِهَا، لم يُصدق - أَنْكَرَتْه أو صدَّقته - إلا بأَمَارَة من إقراره قَبْل ذلك، أو تَصَرُّفه، أو مَبِيته، ثمَّ تُمْنَع منه ومن التزويج إن صدَّقتْه، ولها النفقة...)**

(ش): قال في "المدونة[1]": وإن قال لها بعد العِدَّة: كنت راجعتك؛ فصدَّقته أو كذَّبته، لم يُصدَّق، ولا رجعة له، إلا أن يقيم على ذلك بيّنة، أو يعلم أنه كان يدخل عليها في العِدة ويبيت عندها، فيُقبل قوله.

وإن أكذبته ولم يذكر مع قبول قوله يمينًا، ولا يبعد توجيهها، وقوله: أو يعلم أنه كان يدخل عليها، وهو كقول المصنف: (أو تصرُّفه). لكن ظاهر "المدونة[2]": أنه لا بدّ من مجموع التصرف والمبيت؛ لعطفه المبيت بالواو، خلاف مقتضى كلام المصنف.

ورأى أشهب أنه لا يُقبل قوله، إلا أن يقيم بيّنة أنه جَامَعَهَا في العِدَّة إقراره بذلك، وقوله في "المدونة[3]": أو يُعلم أنه كان يدخل عليها.

محمد: هو على أحد قوليْه في منع الدخول عليها، وأما على القول بإباحة ذلك، إذا كان مما يتحفَّظ بها، فلا حُجَّة له في الدخول والخروج.

عياض: وأما المبيت، فإن كان في بيتها وهي في الدار معه وحدها، فهي حجة على القولين جميعًا.

وقوله: (ثُمَّ تُمْنَعُ منه)، يعني: أن الزوج إذا ادَّعى الرجعة، فلزوجته حالتان:

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٧٦. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ١٨١.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١٨٧.

إحداهما: تكذيبه، والأخرى: تصديقه.

فإن كذَّبَتْه فلها أن تتزوج غيره. وإن صدقته فلا يمكن من ارتجاعها؛ لأن تصديقها له داعية إلى نكاح بغير شروطه، لكن يلزم كل واحد من الزوجيْن بمقتضى إقراره، فتلزم هي بألا تتزوج غيره لاعترافها أنها في عصمة الزوج، ويلزم هو بالنفقة والكسوة لاعترافه أنها في عصمته، ويُمنع من نكاح أختها أو خامسة. ونحو ذلك لبعض القرويين.

ويلزم كل واحد بمقتضى إقراره، إنما هو إذا تماديًا على إقرارهما، وأما إن نزعا عن ذلك، أو نزع أحدهما، فلا يلزمان.

وهذا كقولهم في المرأة تدَّعي أن زوجها طلَّقها ثلاثًا، فلا يُقبل منها، ثم بعد ذلك يخالعها زوجها، فيريد بعد المخالعة أن تتزوَّجه، فإن قالت: كنت كاذبة في قولي: أن زوجي طلَّقني، وإنما أردت الزوال عن عصمته؛ فلها أن تتزوجه. وإن كانت متمادية على إقرارها، فلا تتزوَّجه إلا بعد زوج. وقال غيره من القرويين: يُؤخذان بما تقدَّم من إقرارهما، إلا أن يستحدث الزوج طلاقها.

عبد الحق: والقول الأول أصوب.

(ص): (**فإن قامت بحقِّها في الوَطْء، ففي تطليقها بسببه قولان**)

(**ش**): ظاهره أن القوليْن منصوصان. قال اللخمي: واختلف إذا أجرى النفقة، وقامت بالطلاق لعدم الوطء، فالمعروف ألا مقال لها؛ لأنه لم يقصد ضررًا، والأحكام منعته.

والقول الآخر: أن ذلك قياسًا على أحد قولي مالك في من قطع ذكره بعد الدخول.

والطلاق على المرتجع أَبْيَن؛ لأنه لا منفعة له فيها، إذا حِيل بينه وبينها، ومن انقطع ذكره، يستمتع بغير إصابة.

(ص): (**وله جَبْرُها على تجديد عقدٍ بِرُبُع دينار**)

(**ش**): لأنَّا إنما كنَّا منعناه منها، لحق الله تعالى في ابتداء النكاح بغير شروطه، وإذا جدَّد العقد زال ذلك، وليس لها الامتناع لإقرارها أنها في عصمته، وكذلك أيضًا لو أقرَّ سيِّد الأمَة المتزوِّجة لزوجها برجعته بعد انقضاء العدة، لم يُقبل، لكن للزوج أن يُجبر السيِّد على تجديد عقد بربع دينار.

(ص): (**فلو تزوَّجت فوضعت لأقلِّ من سِتَّة أشهر، رُدَّتْ إله بِرَجْعَتِه، ولا تَحْرُم على الثاني؛ لأنها ذات زوجٍ لا مُعْتدَّة...**)

(ش): يعني: إذا ادَّعى أنه راجع في العِدة، فكذَّبته وتزوجت، ثم ولدت (**لأقلِّ من ستة أشهر**) **من** نكاح الثاني، لَحِقَ هذا الولد بالأول، ورُدَّت المرأة إلى الأول بدعواه الرجعة أوَّلا.

(**ولا تَحْرُمُ**) على الزَّوج الثاني إذا طلَّقها الزوج الأول، أو مات عنها؛ لأنَّا لما أَلْحَقْنَا الولد بالأول، لزم أن يكون تزويج الثاني في عصمة الأول، ولم يتزوَّج مُعتدة.

وتشارك هذه المسألة، ما لو ارتجعها، فأجابته بأن عدتها انقضت ثم تزوجته، وما إذا أقام الزوج الأول بيِّنة بعد أن تزوجت ودخل بها الزوج الثاني، على أنه كان ارتجعها.

(ص): (**ولو انقضت عِدَّتها ولم تَعْلَم بمراجعته، فتزوَّجت ثم ثبت أنه راجعها، فكامرأةِ المفقود......**)

(ش): تصوُّره واضح، والقولان هنا منصوصان كما في مسألة المفقود.

مالك: فإذا كان المرتجع حاضرًا فرآها تزوَّجت ودخلت، ولم يعلمها برجعته، فإنها تمضي زوجة للثاني.

اللخمي: وليس بالبَيِّن، ولو رأى رجل زوجته تتزوَّج ولم ينكر عليها، لم يكن ذلك طلاقًا، ولو عُدَّ ذلك طلاقًا لاحتسب بطلقة أخرى.

(ص): (**ولو كانت أَمَة فَوَطْء السيّد كوطء النكاح**)

(ش): يعني: ولو كانت المطلقة أَمَة فانقضت عدتها، ولم يعلم سيدها بمراجعته ووطئها، فإن وَطْئه فوت على المشهور، كوطء الزوج الثاني في المسألة المتقدمة.

واعلم أن حكمهم بالفوات بالوطء في الأولى، أقوى منه في الثانية؛ لاستناده في الأولى إلى عقد، ولا يقال: الملك يتنزل منزلة العقد في النكاح؛ لأن عقد النكاح يُوجب التحريم على آبائه وأبنائه، وتحرم به الأمهات، وليس بمجرد الملك موجب لذلك بالاتفاق، بل لا بد مع ذلك من الوطء أو ما يقوم من التلذُّذ.

(ص): (**وشَرْط المُرْتَجع أهليَّة النِّكاح، ولا يمنع مرض ولا إحرام**)

(ش): يعني: أن المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلا للنكاح، فلا بد أن يكون عاقلا بالغًا.

قوله: (ولا يمنع)؛ أي: ولا يمنع من الرجعة ما يمنع ابتداء النكاح، وحاصله: أن المتزوج والمرتجع يستويان في الشروط دون انتفاء الموانع، ولا يمنع المرض؛ لأن المُطلَّقة طلاقًا رجعيًا ترث؛ فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث، بخلاف ابتداء النكاح.

قوله: (ولا إحرام)، يريد: سواء كانت هي محرمة أو هو.

(ص): **(ويرتجعُ العبد بغير إِذْن سيّده)**

(ش): لأنه لما أذن له في النكاح، فقد أذن له في توابعه، ولأن الرجعية زوجة.

(ص): **(وتكون بقولٍ أو فِعلٍ، مثل: رَجَعْتُ، ورَاجَعْتُ، وارْتَجَعْتُ، ورَدَدْتُهَا، وأَمْسَكْتُهَا)**

(ش): أي: تكون له الرجعة. قوله: (مثل: رجعت) تبين القول، وهو ظاهر.

(ص): **(والفعل مثل: الوَطْء والاسْتِمْتاع)**

(ش): تصوره ظاهر، ولم ينص في "المدونة[1] " إلا على الوطء، لكنَّه نصَّ في "الموازية" على القُبْلة، والمباشرة للذة، وما أشبه ذلك، كما لو وطئ. قال في "المقدمات": وهو بيان لـ "المدونة".

(ص): **(وفي اشْتِرَاط النيَّة ثالثها: المشهور في الفعل)**

(ش): لا خلاف إن اجتمعت النيَّة مع الفعل أو القول في صحة الرجعة، واختُلف إذا انفرد القول أو الفعل على ثلاثة أقوال: فقال أشهب: ليس ذلك برجعة.

وقال ابن وهب: الوطء رجعة، وإن عَرِيَ عن النِّية، فأُخذ منه أنه لا يشترطها في القول أيضًا من باب الأولى.

والثالث المشهور: يشترط في الفعل دون القول؛ لأن الفعل لا دلالة له بالوضع، فلذلك اشْتُرطت معه النيَّة لضعف دلالته، بخلاف اللفظ، فإنه يدل بالوضع، ولأنه إذا قال: ارتجعتك، وقال: لم أنو الرجعة. إما أن يكون كاذبًا فتلزمه الرجعة، وإما هازلا فهزلها جد كالطلاق، وكذلك بنى غير واحد الخلاف في القول المجرد، على الخلاف في صحة نكاح الهازل.

قال في "المقدمات": وإذا انفرد اللفظ دون النية، لا تصح له بذلك الرجعة فيما بينه وبين الله. وإن حكمنا عليه بما ظهر من قوله، ولم نصدقه فيما ادَّعاه من عدم النية،

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٨٧.

إلا على مذهب من يرى أن الطلاق يلزم المُسْتفتي بمجرد القول دون النية، وهو قائم من "المدونة[1]"، إلا أنه بعيد في المعنى.

واختُلف، هل يجوز له الوطء إذا الْتَزَم الرجعة؟ على القول الذي يرى أنها لا تصح له فيما بينه وبين الله، وعلى أن الوطء بمجرده لا يكون رجعة، فليس عليه في وطئه صداق، قاله الباجي.

مالك في "المختصر": ولا يطأها إلا بعد الاستبراء من وطئه، ولا تكون له الرجعة إلا في بقيَّة العدة الأولى، لا في الاستبراء، قاله ابن المواز.

فإن انقضت العدة الأولى، فلا ينكحها هو أو غيره، حتى ينقضي الاستبراء.

أصبغ: فإن فعل، فسخ نكاحه، ولم تحرم عليه للأبد كما أحرمها على غيره ولو مس؛ لأنها عدة منه، وليس هذا وغيره فيما به سواء، وقيل: حُكمه حكم المصيب في العدة.

ومنشأ الخلاف، هل التحريم لتعجيل النكاح قبل بلوغه أجله، أو لاختلاط الأنساب؟ وعلى هذا المعنى اختلفوا في مَنْ طَلَّقَ امرأته ثلاثًا، فتزوَّجها قَبْل زوج في عدتها؟ فإن قيل: لم يكن وطء المطلّق رجعة، وإن لم ينوها عند ابن القاسم، كما كان وطء مُبتاع الأمَة بخيار اختيارًا ولم ينوه.

قيل: لأن البائع جعل له الخيار وأباح له الوطء، فإذا وطئ، فقد فعل ما جعل له وتمَّ ملكه؛ ولأنه لو لم يطأ وتمادى على إمساكها حتى ذهبت أيام الخيار، عُدَّ بذلك مختارًا، والرجعية محرَّمة على الزوج، ولو تمادى على إمساكها حتى انقضت مدة الرجعة، لبانت منه.

فرعان:

الأول: إذا انْفَرَدَت النية، ففي "الموازية": لا تصح الرجعة.

ابن رشد: والصحيح أن الرجعة تصح بمجردها؛ لأن اللفظ إنما هو عبارة عمَّا في النفس، فإن نوى في نفسه أنه راجعها، فقد صحَّت رجعته فيما بيْنه وبيْن الله تعالى، وأشار إلى أنه يجري على الخلاف في الطلاق بالنية، ونحوه للخمي. وعلى أن النية لا تكون بمجردها رجعة، فلو نوى ثم أصاب، فإن بَعُدَ ما بينهما، فليس ذلك رجعة، وإن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٩١.

قرب، فأشار اللخمي إلى أنه يجري على الخلاف في تقديم النية في الطهارة.

ونقل عن محمد ما يقتضي اشتراط المقارنة، فقال: قال محمد: إن نوى الرجعة ثم قَبَّل، أو باشر، أو ضمَّ، فإن فعل ذلك، لكان ما نوى فهي الرجعة.

اللخمي: يريد: إذا أصاب، ساهيًا على الطلاق، لم يكن وطؤه رجعة إذا لم تُقارنه نيَّة.

الثاني: سُئل أبو عمران عن الذي يُطلِّق امرأته واحدة، ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة، حتى تنقضي عدتها الأولى، ثم يحنث بالطلاق الثلاث، فهل يلزمه ذلك؟ قال: يلزمه الثلاث؛ لأن ذلك كالنكاح المُختَلَف في فساده، يطلِّق فيه. ونقل عن الشيخ أبي محمد: أنه لا يلزمه الثلاث، والأول أظهر. ابن عبد السلام: وهو الصحيح.

(ص): (**ويُؤمَرُ بالإشهاد، ولا يَجِبُ على المشهور**)

(**ش**): المشهور هو مذهب "المدونة[1]"، وهو الذي نقله عبد الوهاب عن المذهب. والقول بوجوبه للقاضي أبي بكر ابن العلاء، وتأوَّله ابن محرز على ألا تثبت الرجعة إلا بالبيّنة عليها. وعليه؛ فلا يكون في المسألة خلاف، بل الاستحباب راجع إلى أن يكون مقارنًا للرجعة.

وقول المصنف: (ولا يجب على المشهور) يُنافي حمل ابن محرز. قال في "المقدمات": وليس الإشهاد عند من أَوْجَبه شرطًا في صحة الرجعة، وإنما هو فرض على حياله يأثم تاركه.

(ص): (**ولها منع نفسها حتى يُشْهِدَ**)

(**ش**): يعني: أن الإشهاد وإن لم يكن واجبًا، إلا أن للمرأة أن تمنع نفسها، وقوله في "المدونة[2] " في المانعة: قد أصابت؛ يفيد أن الأوْلَى أن تمنع نفسها، بخلاف قول المصنف: (ولها).

(ص): (**ولا تقبل شهادة السيد على نكاح أَمَتِه ولا رَجْعَتها**)

(**ش**): لأنه إذا شهد على النكاح كان شاهدًا على فعل نفسه، وإذا شهد على الرجعة، اتُّهم في ذلك. ولمالك في "العتبية": أنه تُقبل شهادة السيد في الارتجاع.

والفرق على هذا بيْن الارتجاع والنكاح، أن النكاح يوجب للأمَة صداقًا، فيتَّهم

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ١٩٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٠٢.

السيد لقدرته على انتزاعه.

(ص): **(ورجع مالك إلى أنه لا يدخل عليها ولا يأكل معها، وينتقل عنها)**

(ش): القولان في "المدونة[1]"، وزاد في القول المرجوع إليه: أنه **لا** يدخل عليها، وإن كان يريد: رجعتها. وشرط فيها على قول مالك؛ الأول: أن يكون معها من يحفظها؛ وأهمله المصنف وليس بجيد، ولعل هذين القولَيْن يَنْبنيَان على القولَيْن في الرجعة، هل هي محرمة أم لا؟ إلا أن الشرط الذي ذكرناه، وقلنا: إن المصنف أهمله، يأبى كون الشاذّ مبنيًّا على الإباحة. قيل: ولا خلاف أنه لا يجوز أن يرى جسدها متجرّدًا.

(ص): **(والمُعلَّقة مثل: إذا كان غدًا، أو جاء زيد. قال مالك: ليست برجعة، وقيل: يعني: الآن.....)**

(ش): يعني: والرجعة المعلقة على شرط، سواء كان الشرط محققًا كقوله: إن كان غدًا فقد راجعتك، أو محتملا كقوله: إن جاء زيد فقد راجعتك. قال مالك في "المدونة[2]": ليس ذلك رجعة.

لكن إنَّما نصَّ فيها على المثال الأول، واختلف الشيوخ، فأجراه صاحب "النكت" على ظاهره، فقال: إنما لم تكن رجعة؛ لأن الرجعة كضرب من النكاح؛ لأنها تبقي الزوج على العصمة، ووجدنا النكاح إلى أَجَل لا يصح، فكانت الرجعة إلى أجل كذلك، وهذا ظاهر على القول بأن الرجعة محرمة، وأما على أنها حَلال فلا.

وقال ابن محرز: يعني: لا تكون رجعة الآن، ولكنها تكون رجعة غدًا؛ لأنه حق له، فكان له تنجيزه وتعليقه.

ولما كان في هذا التأويل مخالفة لظاهر كلام مالك، قال المصنف فيه: (وقيل) وعدَّه كالأجنبي، وفُهم من عطفه بـ (قيل) أن ثَمَّ قول آخر بإجراء قول **مالك** على ظاهره.

وقال اللخمي: قول مالك: فيما إذا غدًا ليس ذلك برجعة؛ يحتمل أن يكون رأى أن الرجعة إلى أجل، كالنكاح إلى أجل، وأن الرجعة تفتقر إلى نيَّة مقارنة للفعل، وإذا فرعنا على فساد هذه الرجعة، فإن لم يصبها حتى خرجت من العدة، بانت، وإن أصابها

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٠٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٠٦.

في العدة وهو يرى أن تلك رجعة، كان وطؤه رجعة.

اللخمي: لأنه وإن كان الارتجاع الأول فاسدًا، فإن حقّه في الرجعة قائم وإصابته، وهو يرى أنه مرتجع رجعة محدثة.

مالك: وإن قال: أُشهدكم أني إن طلّقت امرأتي يومًا من الدهر فقد ارتجعتها؛ ثم طلّقها، فإنه لا ينتفع بقوله الأول حتى يُراجعها. وقاله سحنون في من قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق؛ ثم أراد سفرًا، وخاف أن تحنثه في غيبته، فأشهد أنها إن دخلت الدار فقد ارتجعها.

انظر: ما قاله مالك وسحنون هنا، مع ما قاله مالك في "كتاب ابن سحنون"، في الحرة ذات الشرط في النكاح والتسري، تقول: اشهدوا، متى فعل زوجي فقد اخترت نفسي أن ذلك لها.

وقال مالك في "العتبية": في أَمَة تحت عبد، أشهدت أنها متى عتقت تحته، فقد اختارت نفسها أو زوجها، فليس ذلك شيئًا، وهاتان المسألتان اللّتان سأل عبد الملك مالكًا عن الفرق بينهما، فقال له: أتعرف دار قدامة؟

ابن يونس: وقال المغيرة: هُمَا سواء ولا شيء لها. والفرق عندي بينهما أن الأمَة أنما يجب لها أن تختار إذا عتقت، والعتق لم يحصل بعد، فقد سلّمت أو أوجبت شيئًا قبل وجوبه لها، فلم يلزم، كتارك الشُّفْعة قبل أن يستوجبها.

والحرة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل، وملكها منه ما كان يملكه، فلها أن تقتضي به عليه قبل أن يفعل، كما لو كان له أن يلزم نفسه قبل أن يفعله.

(ص): **(والرَّجْعِيَّة مُحرَّمة الوطء على المشهور، وإن لزم الطلاق، والخلع، والإيلاء، والظِّهار، واللِّعان، والمِيراث، والنَّفقة، ولو قال: زَوْجَاتي طَوَالِق؛ انْدَرَجَت.....)**

(ش): قوله: (مُحَرَّمَة الوَطْء)، يريد: ومقدماته، ووجه المشهور: أن الطلاق في الشرع مضاد للنكاح الذي هو سبب الإباحة، ولا يقضي للضدِّ مع وجود ضده، ونظر في الشاذِّ إلى بقاء أحكام الزوجيَّة، وتصور كلامه ظاهر.

باب الإيلاء

(ص): **(الإيلاء: الحلف بيَمِين يتضمَّن ترك وَطْء الزوجة غير المُرْضع أكثر من أربعة أشهر يلزم فيها حُكمًا، والعبد أكثر من شهريْن.....)**

(ش): اختلف في مدلول الإيلاء لغة؛ فقال عياض: أصل الإيلاء: الامتناع، قال الله تعالى: ﴿وَلا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ﴾ [النور: ٢٢]، ثم استعمل في ما كان الامتناع منه بيمين. وقال الباجي: الإيلاء في اللغة: اليمين. وقال ابن الماجشون: وكذلك قال الفضل. ويقال: آلى، وتآلى، وائتلاء، والأول هو المستعمل عند الفقهاء، يُقال فيه: آلى، يؤلي، إيلاء. والاسم منه: الألية، والجمع: الألايا. قال كثير في عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه:

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

ويُقال أيضًا: الألوة بفتح الهمزة وضمها وكسرها، ورسم المصنف الإيلاء في اصطلاح الفقهاء بقوله: (الحَلِف.. إلى آخره) والحلف كالجنس، ولو قال: الإيلاء يمين يتضمَّن... إلى آخره، لكان أحسن. ولا حاجة إلى الحلف بيمين؛ إذ الحلف هو اليمين.

وقوله: (يتضمَّن تَرْك) هذه الجملة صفة ليمين تقديره: الحلف بيمين تدل على ترك وطء الزوجة.

وانظر، هل أراد بقوله: (يتضمن) ما يدل، أعم من أن يدل بالمطابقة أو بالتضمن أو بالالتزام؟ أو أراد بالتضمن حقيقته، واستغنى عن المطابقة والالتزام، والأول أظهر.

وقوله: (يتضمن ترك وطء)، يريد: سواء تضمَّنه عقلا، كحلفه ألا يلتقي معها؛ لأن الالْتِقَاء معها أعم من الالتقاء معها للجماع وغيره، ونفي الأعم مستلزم لنفي الأخص، أو شرعًا، كحلفه ألا يغتسل عنها من جنابة. ولما قُلْنَاه من أن عدم الالتقاء مستلزم عقلا لعدم الجماع، كان عدم جزمه في "المدونة"[1] " لإيلاء مخالف هذا اليمين ليس بظاهر؛ ولهذا اختصر البراذعي المسألة على السؤال والجواب؛ لأن عادته ألا يفعل ذلك إلا لإشكال في الموضع، فقال: وإن حلف بالله ألا يلتقي معها سَنَة، قال: كل يمين يمنع الجماع فهو مول، فإن كان هذا يمتنع بيمين فهو مول. ولهذا قال اللخمي: هو مول بلا شك.

وقال صاحب " النكت": إنما تردَّد لاحتمال أن يريد: لا ألتقي معها في دار بعيْنها، أو موضع بعينه، وإلا فهو مول بلا شك.

اللخمي: وقوله في من حلف ألا يتطهَّر منها من جنابة: أنه مول؛ يحتمل أن يريد: أنه يحنث بنفس الإصابة؛ لأن القصد باليمين ألا يصيب، أو لا يحنث إلا بالغسل؛ لأنه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢١١.

هو الذي علق الحنث به، فعلى الاحتمال الأول يكون قوله: لا أغتسل؛ كناية عن نفي الجماع، وهو كقولهم في الكناية عن كرم الشخص: هو كثير الرماد طويل النجاد.

وعلى هذا فيضرب له الأجل من يوم اليمين، وعلى الثاني يضرب له الأجل من يوم الرفع على المشهور؛ لأنه لم يحلف على ترك الوطء، وإنما تركه من انعقاد اليمين عليه، وسيَتبيَّن لك هذا.

ابن القاسم: وإن قال: عليَّ نذر ألا أقربك؛ فهو مول. وقال يحيى بن عمر: ليس بمول، وهو بمنزلة قوله: عليَّ نذر ألا أُكلّمك؛ وهو نذر في معصية.

وقوله: (ترك وطء الزوجة)، احترز به ممَّا لو حلف ألا يُكلِّمها، وليهجرنها وهو يصيبها، فإنه ليس عند مالك مؤليًا.

اللخمي: وهو من الضرر، فللزوجة أن تقوم بالطلاق لأجله، إلا أنه لا يضرب له أجل الإيلاء، بل إذا تبيَّن ذلك طلَّق عليه.

وقال أصبغ: إذا حلف ألا يُكلِّمها فوطئها، يحنث من جهة فهمها لما يريده منها، كالحالف ألا يكلِّم شخصًا فيشير إليه. فعلى قوله: يكون مؤليًا إذا حلف أن لا يكلمها.

واختلف إذا حلف على العزل عن زوجته، هل يكون مؤليًا؟ وكذلك اختلف في من حلف ألا يبيت مع امرأته، والأقرب فيهما أن لها القيام، ولا يضرب له أجل الإيلاء. أما لو حلف ألا يطأها ليلة، فلا قيام لها؛ لأنه يبيت معها ويطأها نهارًا، وكذلك لو حلف ألا يطأها نهارًا.

وفي "الموازية" فيمن قال: عليَّ الطلاق إن وطئتك إلا أن تأتيني، فهو مول وليس عليها أن تأتيه وعليه أن يأتيها.

اللخمي: يريد: لظاهر الحديث أنه عليه الصلاة والسلام " كان يدور على نسائه"[1].

وفي "كتاب ابن سحنون " في من قال: والله لا أطؤك إلا أن تسأليني، هو مول ولها أن تقيم به إلى السلطان، وليس عليها سؤال.

وقال سحنون: ليس بمولٍ؛ لأن الامتناع من جهتها. قال في "المدونة[2]": وإن حلف ألا يطأها في هذه الدار، فليس بمول؛ لإمكان أن يطأها في غيرها. وقيَّد اللخمي

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٣٦٩٥) والنسائي في الكبرى، برقم (٨٩٨٤) وابن خزيمة في الصحيح، برقم (٢٣٣) جميعا من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢١٧.

بمن يحسن في حَقِّه ذلك، وأما من لا يحسن في حقه ذلك، أو كان على الزوجة في الخروج معه مضرة، فهو مول. كما قال في من حلف ألا يطأ زوجته في هذا المصر: أنه مولٍ، إذا كان يتكلَّف في الانتقال المؤنة.

واحترز بالزوجة عن السرية وأم الولد، فإنه لا يُضرب له أجل الإيلاء، نعم هو ممنوع من الضرر، ولا سيما أم الولد، فإنه لا منفعة فيها إلا بالوطء، فإن لم يطأها وأضر ذلك بها، مُنع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"[(١)].

وقوله: (غير المُرْضع)، احترازًا ممَّا لو حلف ألا يطأ زوجته المرضعة حتى يفطم ولدها، فإنه ليس بمول. قاله مالك في "المدونة[(٢)]"، و"الموطأ"، وغيرهما.

ابن القاسم: لأن هذا أراد إصلاح ولده، وليس على وجه الضرر، وإنما يدخل الإيلاء على من قصد الضرر، وخالف في ذلك أصبغ ورآه مؤليًا.

اللخمي: وهو أقيس؛ لأنَّ للمرأة حقًّا في الوطء، ولا حقَّ للولد ولا مضرَّة عليه.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ ذَلِكَ لا يَضُرُّ". واتّفق على أنه مول إن أرضع الولد غيرها، وعلى المشهور؛ فقال في "كتاب ابن سحنون": إذا حلف بطلاقها ألبتة ألا يطأها حتى تفطم ولدها، فإن مات الولد قبل الفطام، حلَّ له الوطء، ولا حنث عليه إن كانت نيَّته استصلاح ولده، وإن كانت نيَّته أن لا يمسها حولَيْن كاملَيْن فهو مول، وتطلَّق عليه إذا أَوْقَفَه السلطان بعد أربعة أشهر؛ لأنه لا يقدر ألا يمسها ولا يفيء؛ لأن يمينه بالبتة.

وفي "الموازية": وإن حلف ألا يطأ امرأته التي ترضع سنتيْن، وقال: أردت تمام الرضاع؛ فليس بمول، إلا أن يموت الصبي وقد بقي من السنتيْن أكثر من أربعة أشهر، فيلزمه الإيلاء من يَوْمه.

ابن يونس: واعترض بعض أصحابنا قوله: (من يومه)، وقال: إنما لم يعد موليًا أولا؛ لأنه غير مضار، فإذا مات الولد ولم يطأ، تبيَّن أنه أراد الضرر، فينبغي أن يكون أجله من يوم الحلف، وليس هو بصواب؛ لأنه يحتمل أن يكون أراد الضرر، فينبغي أن يكون أجله من يوم الحلف، وليس هو بصواب؛ لأنه يحتمل أن يكون أراد الضرر اليوم بامتناعه، إذ لا عذر له، ويحتمل أن يكون أراده من الأول، فيلغى قصد الضرر أولا

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٣٤٠) ومالك في الموطأ، برقم (١٤٦١) مرسلا، وأحمد في مسنده، برقم (٢٢٢٧٢).

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢١٧.

للشك فيه، ويعتبر قصد الضرر الآن، إذ لا شكَّ فيه.

ابـن الماجـشون: وإن حلـف ألا يطـأ امـرأته سـنتيْن، وقـال: أردت بـذلك كمـال الرضاع؛ فذلك له، ولا يلزمه توقيف.

الباجي: ومعناه: أنه مول؛ لأنـه قـد يتعلَّق بيمينه الـضرر إن مات ابنه قبل انقضاء السنتيْن، أو فُطم قبل ذلك. وإنما الذي لا يكون به مؤليًا من حلف، ألا يطأ حتى يفطم؛ لأنه لا يتعلَّق بيمينه الضرر على وجه.

وعُورضـت هـذه المـسألة بمـا سـيأتي: أن إيـلاء المـريض لازم، مـع أنـه لا يـريد الإضرار، وإنما يريد استصلاح بدنه. وإذا قيل بعد اللزوم لأجل مراعاة الولد، فلأن يُقال بـذلك لنفسه هو أَوْلَى، ولهـذا قـال سحنون في المريض: كيف يكون مؤليًا، وهـو لـم يحلف على ضرر؟ وخرج بعضهم من كل واحدة قولا في الأخرى.

خليل: وقد يُفرَّق بينهما؛ لأن إصلاح الـولد فيه إصلاح لهـا وهـي تحته، بخلاف الأخرى.

وقوله: (أكثر من أربعة أشهر)، أخرج أربعة أشهر فأقل، فإنه لا يكون مؤليًا، وهذا هو المشهور، وروى عبد الملك أن من حلف على أربعة أشهر كان مؤليًا.

ومنشأ الخلاف، الاختلاف في فهم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّص أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٢٢٦) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧]، وينبني على هذا الخلاف؛ هل يوقف للفيئة، أو الطلاق بعد أربعة أشهر، أو فيها؟ وهل يقع الطلاق بمضي الأربعة أو لا؟ فعلى المشهور لا يُؤمر بالفيئة إلا بعد أربعة أشهر، ولا يقع الطلاق بمجرد مضيها.

فضل: وأصحاب مالك مجمعون على الأول، إلا ما روى أشهب عن مالك من وقوع الطلاق بمرور الأجل، وحكاه ابن نافع وعبد الملك عن مالك. وتمسَّك المشهور بما تعطيه الفاء في قوله: ﴿فَإِنْ فَاءُوا﴾، فإن ظاهرها يستلزم تأخير ما بعدها عمَّا قبلها، وكذلك (إن) الشرطية، فإنها تصيِّر الماضي بعدها مستقبلا، ورأى في الشاذ أن الفاء ليست إلا لمجرد السببية، ولا يلزم تأخير المسبب عن سببه في الزمان، بل الغالب عليه المقارنة؛ ولأن مفهوم قوله: ﴿أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾، أن التَّربص مقصور عليها.

قـال فـي "المقـدمات": وروى أشـهب عـن مالـك فـي "العتبـية": أنـه إذا وقـف بعـد الأربعة أشهر فقال: أنا أفيء؛ أمهل حتى تنقضي عدتها، فإن لم يفعل، بانت منه بانقضاء

عدتها. وهي قولة بيْن القوليْن على طريق الاستحسان، غير جارية على قياس وعلى المشهور.

فأطلق في "المدونة[1] " الزيادة على أربعة أشهر كالمصنف، وظاهره: أنه يكون مؤليًا إلا باليوم ونحوه، وبذلك صرَّح في "الموازية" و"المدونة". وقيل: لا يكون مؤليًا إلا بزيادة مؤثرة، وهو قول عبد الوهاب.

ومن المتأخرين من تأوَّل على عبد الوهاب أنه لا يكون مؤليًا، إلا إذا زاد أكثر ما يتلوَّم به عليه إن قال: أنا أفيء.

ابن رشد: وهو غلط؛ لأن التلوم أنما يكون إذا وقف، فقال: أنا أفئ، ولم يفعل. وأما إذا أبى أن يفئ، فإن الطلاق يُعجَّل عليه ولا معنى للتلوم عليه، ومدة التلوم تبلغ المرة بعد المرة الثلاثين يومًا ونحوها، رواها ابن وهب عن مالك في "الموازية".

وقوله: (يلزم الحِنث فيها حُكمًا) كقوله: والله لا أطؤك؛ وإنه إذا حنث لزمته الكفَّارة، وإن وطئتك فأنتِ طالق أو فلان حر.

واحترز عمَّا لو قال: إن وطئتك فعليَّ المشي إلى السوق، أو هو يهودي أو نصراني، أو فكل مملوك أملكه حُر، أو فكل زوجة أتزوجها طالق؛ فإنه لا يلزمه وليس هو بمول، قاله في "المدونة[2]".

وقوله: (يُلزم) مضموم الياء، فعل مضارع مبني للفاعل مِن أَلْزَم، وفاعله الحنث، فظاهر قوله: (يلزم الحنث حُكمًا) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الحكم مشتقًّا أم لا. وذهب بعضهم إلى أنه لا يكون مؤليًا إذا حلف بما لا مشقة فيه، كما لو حلف بركعتيْن.

قوله: (والعبد أكثر من شهريْن) هذا هو المشهور. وقيل: أجله كالحر، والعبد يحتمل أن يُقرأ بالجر وبالرفع؛ لأن قوله: (ترك) مصدر مضاف إلى الفاعل؛ أي: تَرْك الحر، فالحر مجرور في اللفظ مرفوع في المحل، فلك أن تعطف على لفظه ومحله. والله أعلم.

(ص): (والرَّجْعيَّة كغيْرها إن مَضَتْ أربعة أشهر من يوم الحلف قبل تمام العِدَّة)

(ش): أي: (والرجعية) في الإيلاء (كغيرها)؛ لأنها في حُكم الزوجات، وهكذا في "المدونة[3] " وغيرها.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٢١.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٢٦.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٢٣٢.

قال في "الموازية": وكذلك إذا حلف لا أراجعك. واستشكله اللخمي؛ لأن الوقف إنما يكون لمن لها حقّ الوطء، والمطلَّقة لا حق لها فيه، قال: ولا خلاف أن الرجعة حق له لا عليه، إن شاء ارتجع وأصاب، وإن شاء لم يرتجع، فكيف يُجبر على أن يرتجع ليصيب، أو يطلق عليه طلقة أخرى؟ وهو ظاهر، وأجاب ابن محرز وغيره: بأنه إنما لزمه الإيلاء؛ خيفة أن يكون ارتجع وكتم الرجعة.

(ص): (**وأما إن كان الطلاق بعد الوُقوف، فلا تُطلَّق عليه أخرى قبل تمام العدة**)

(**ش**): لما ذكر أن الرجعة في إيلاء كغيرها، وكان طلاق المولي رجعيًّا، خشي أن يتوهَّم أنه طلَّق عليه بسبب الإيلاء، أن لها أن توقفه مرة ثانية، فبيَّن أنها ليس لها ذلك؛ لأنه قد طلَّق عليه بسبب الإيلاء.

(ص): (**وإنما قال: في من قال - والله لا وطئتُك - واستثنى، أنه مول إذا رفع، ولم تُصدِّقْه في قَصْدِ الاستثناء......**)

(**ش**): هذا راجع إلى قوله في الرسم: (يُلزم الحنث فيها حُكمًا)، فيُقال على سبيل الاعتراض: هذا الرسم غير جامع؛ لأن مالكًا قال في "المدونة[١] " في من قال: والله لا وطئتك، واستثنى بالمشيئة: هو مول؛ مع أنها يمين لا يلزمه الحنث فيها حكمًا؛ لأن الاستثناء يمنع انعقاد اليمين كما تقدَّم، ولهذا قال أشهب: لا يكون موليًا.

اللخمي: هو أَبْيَن. وأجاب المصنف بأن مالكًا إنما قال ذلك، إذا رفعته الزوجة إلى القاضي، ولم تُصدقه في أنه أراد بذلك الاستثناء حَلَّ اليمين، ولعلَّه أراد التَّبرُّك بذكر الله.

وامتناع الحالف من الوطء يدل على أنه لم يرد حل اليمين، واتّهام مالك هنا للحالف كاتِّهامه في "المدونة[٢]"، لمن قال لزوجته: والله لا أطؤك، فلمَّا مضت أربعة أشهر وقف، فقال: أردت ألا أطأها بقدمي. قال: فيُقال له: إن وطئت نُصدقك وأنت في الكفَّارة أعلم؛ فإن شئت فكفِّر أو فدع.

(ص): (**وأَوْرَد عليه لو كفَّر، وقال: عن يميني، ولم تُصدِّقْه**)

(**ش**): يعني: (وأورد) على قول مالك في المسألة السابقة، ما قاله مالك في من حلف أن لا يطأ، ثم كفَّر ولم يطأ بعد الكفَّارة، فقالت له الزوجة: لم تكفِّر عن يمين

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٣٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٣٦.

الإيلاء، وإنما كفَّرت عن يمين أخرى؛ أن الإيلاء لا ينحلّ عنه، فيلزم كما رفع عنه التهمة هنا بأضعف الكفَّارات أن يرفعها عنه هناك، وكما لم يرفعها عنه في المسألة السابقة؛ لتُهْمَته لأجل الامتناع من الوطء، فكذلك يلزم في الثانية لامتناعه أيضًا.

وفرق بأن المُكفِّر أخرج المال، وفي معناه الصوم لشدته فلم يُتَّهم، بخلاف المستثنى، وفيه نظر؛ لأن احتمال قصد غيرها باقٍ، ولهذا قال أشهب: لا ينحل عنه الإيلاء بالكفَّارة. وفرَّق صاحب " النكت " بأن المستثنى يحتمل بأن يكون قصد باستثنائه حل اليمين، ويحتمل ألا يكون قصد به ذلك، بل التبرك ونحو ذلك.

والكفَّارة تحل اليمين بلا شك، وإن كُنَّا لم نعرف، هل قصد بها حل هذه اليمين أو غيرها؟ فلما كانت الكفَّارة تُسقط اليمين على كلِّ حال، كانت التهمة فيها أبعد.

(ص): **(وشَرْط المولي أن يكون زَوْجًا مُسلمًا مُكلَّفًا يُتَصوَّر وِقَاعُه، وقال أصبغ: يصح إيلاء الخَصِيّ والمَجْبُوب...)**

(ش): قوله: (أن يكون زَوْجًا)؛ أي: تحقيقًا أو تعليقًا، بل يصح من الأجنبية، فلو قال لأجنبية: والله لا وطئتك، ثم تزوَّجها، فهو مول، صرَّح بذلك في "المدونة[1]".

ولو استغنى عن قوله: (زوجًا)، ليعلم من قوله أولا في الرسم، الحلف بيمين يتضمن ترك وطء الزوجة، فإنه يعلم من هذا الكلام، أن الحالف بهذا اليمين لا يكون إلا زوجًا أيضًا، فالشرط خارج عن الماهية والركن داخل فيها، فذِكْر الزوج في أحد القسميْن يمنع من ذكره في الآخر، قاله ابن عبد السلام.

وقوله: (مسلمًا)، احترازًا ممَّا لو آلى في حال كفره، ثم أسلم، فإنه لا يلزمه شيء، قاله في "المدونة[2]"، وقيل: يلزمه بناءً على أن اليمين هل تنعقد في حال الكفر أم لا؟ ولو رضي الذِّمِّي في الإيلاء بحُكمنا عليه به، قاله في "الكافي".

وقول ابن عبد السلام: لا يُشترط في الإيلاء الإسلام؛ لأن الزوجيْن إن كانا كافرين، فالمنع من الحُكم فيهما في الطلاق على ما تقدَّم، هو المانع من الإيلاء، وإن كان الزوج وحده مسلمًا لزمه الإيلاء، وليس من فروع هذه المسألة العكس، وليس بظاهر لما قلناه.

وقوله: (مكلفًا) احترازًا من الصغير والمجنون، فإنه لا يَصحُّ إيلاؤهما، فإن آلى

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٤١.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٤٧.

وهو صحيح، ثم جُنَّ عند تمام أجل الإيلاء؛ فقال أصبغ: يُوكِل السلطان عليه من يكون ناظرًا في أمره، فإن رأى له ألا يفيء، ويطلق عليه فعل ويلزمه ذلك، وإن رأى أن يُكفِّر عنه فعل.

واختار اللخمي ألا يكون لامرأته مقال؛ لأن امتناعه في حال الجنون ليس بيمين، وإذا لم يكن لها إذا قطع ذكره، فالمجنون أَوْلَى؛ لأنه إن لم يُصب الآن أصاب بعده، وسيأتي الكلام على ما إذا أصاب في حال جنونه عند ما يتعرَّض المصنف لذلك.

وقوله: (يُتصوَّر وِقَاعُه)، قال في "المدونة[1]": وأن آلى خصي أو شيخ كبير - وقد تقدَّم له فيها وَطْء، أو آلى الشاب ثم قطع ذكره - لم يُوقفوا، ولا حُجَّة لنسائهم.

وخالف أصبغ في الخصي والمجبوب، ورأى أنه يصح منه الإيلاء؛ لأن لزوجته منفعة فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة، ولذلك تزوَّجته، فإذا قطع عنها ذلك وَجَب أن توقعه. قال: وأما الشيخ فلا، إذا أقعده الكبر، إلا أن يكون فيه حراك فيقطعه عنها.

(ص): **(ويصِحُّ من الحُرِّ والعبد، والصحيح والمريض)**

(ش): لأن شرط المولي موجود فيهم، واحتاج إلى التَّنبيه على حُكمهم؛ لأن الشرط لا يلزم من وجوده المشروط، والدليل على صحة إيلاء هؤلاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فعمَّ.

ابن عبد السلام: وظاهر المذهب مثل ما ذكره المصنف في المريض، ورأى بعضهم أنه إذا كان عاجزًا عن الجماع، أنه لا معنى لانعقاد الإيلاء في حقِّه، ألا ترى أنه إذا آلى الصحيح ثم مرض لما طُولب بالفيئة بالجماع.

(ص): **(ويَلْحَق بالمولي مَن مُنِعَ منها لشكٍّ)**

(ش): أي: كل من كانت يمينه على حِنثٍ، كما لو قال: إن لم أدخل فأنتِ طالق، وقد تقدَّم هذا عند قوله في الطلاق: (وإن كان نفيًا يُمكن دعوى تحقيقه.... إلى آخره)، هكذا كان يقيّد شيخنا هذا المحلّ، وهو الذي يُؤخذ من كلامه في "الجواهر".

ومثل ابن رشد من منع منها للشك، بما إذا قال لامرأته: إحداكما طالق، وقال: نَوَيْت واحدة مُعيَّنة ونسيتها؛ فإنه يُوقف رجاء أن يتذكَّر، فإن طال تذكره وقامتَا عليه،

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٤٧.

فهو كالمولي.

وقول ابن عبد السلام: إن تصوُّر كلام المصنف مُشكل. ليس بظاهر.

فرع:

إذا قال لامرأتيه: والله لا وطئت إحداكما؛ ولا نيَّة له، فقيل: هو مول منهما جميعًا. وقيل: لا إيلاء عليه حتى يطأ واحدة، فيكون موليًا من الأخرى.

(ص): **(ومن امتنع من الوَطْء لغير عِلَّةٍ وعُرف منه حاضرًا أو مسافرًا)**

(ش): أي: ويلحق بالمولي من امتنع من الوطء لغير عِلَّة، بل ترك ذلك، إما لمصلحة جسده، أو للانقطاع للعبادة، أو لقصد الضرر.

قوله: **(وعُرف منه)**؛ أي: أنه لم يمتنع لعلَّةٍ.

وقوله: **(حاضرًا أو مسافرًا)**، حال من الفاعل المضمر في (امتنع)، وما ذكره المصنف مروي عن مالك، لكنَّه خلاف المشهور؛ وهو مذهب "المدونة[1]": أن لها أن تقوم بالفراق، فإذا تبيَّن ضرره طُلِّقت عليه من غير ضرب أجل؛ لأن آية الإيلاء لا تتناول هذه الصورة، ولا ينطبق اسم الإيلاء عليها.

بعض القرويِّين في هذا: ويجب ألا يضيق عليه في أجل التلوُّم، بل يفسح له في ذلك مقدار أجل الإيلاء وأكثر، وذلك أنه يقول: أنا لو تركت الوطء بالحلف أربعة أشهر فأقل؛ لم يكن علي شيء، فكيف إذا تركت الوطء بغير يمين؟

عبد الحق: وقال لنا: أنه رأى ذلك لبعض العلماء من البغداديين، ونصّ "المدونة[2]": ومن ترك وطء زَوْجته لغير عذر ولا إيلاء، لم يترك، فإما وطئ وإلا طلَّق، وبذلك يقضي. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم بخراسان: إما أن يَقْدُموا، أو يَقدِم نساؤهم إليهم، أو يطلقوا.

أصبغ: فإن لم يطلقوا، طُلِّق عليهم، وفي النكاح الثاني منها: ومن سرمد العبادة لم ينه عن تَبَتُّله. وقيل له: إما وطئت أو طلَّقت.

ابن القاسم في "العتبية": ويُتلوَّم للغائب السَّنَة والسنتيْن. وفي سماع عيسى: والثلاثة.

ابن رشد: ومعناه: وإن كان يبعث بالنفقة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٥١.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٥٦.

اللخمي: وقول مالك في من سرمد العبادة، أصل في كلِّ من ترك الإصابة: غير مضار، إلا أن ذلك لا يسقط حقّها من الوطء، واختلف إذا لم يقدر على الإصابة؛ لأنه قطع ذكره، أو لعلَّةٍ نزلت به، فقال مالك مرة: لا مقال لها، وفي "كتاب ابن شعبان[(١)]": لها القيام وإن قطع ذكره.

ولو فعل ذلك بنفسه خطأ، كان على خلاف، وقد جرى ذلك لبعضهم، أراد أن يستحد فنزلت يده، فقطع ذكره، فإن تعمّد ذلك كان لها الفراق بالاتفاق، وإن شرب دواءً ليقطع منه لذَّة النساء كان لها الفراق، وكذلك لو شربه لعلاج عِلَّة وهو عالم أنه يذهب بذلك أو شاكٌّ، كان لها الفراق بالاتفاق.

(ص): **(ومن احتَملت مُدَّة يمينه أقلَّ الأجل)**

(ش): أي: ويلحق بالمولي من احتملت مدة يمينه أقل الأجل، كما لو قال: **والله** لا وطئتك حتى يموت زيد، ونحو ذلك، قاله في "المدونة[(٢)]".

(ص): **(إلا أن أَجَلَهم من يوم الرَّفْع، والأول من يوم الحَلِف، ولذلك فُرِّق بين أن أموت أو تمُوتي، وبين أن يموت زيد.....)**

(ش): الضمير في (أجلهم) عائد على مَنْ أَلْحَق بالمولي. وقوله: (والأول من يوم الحلف)؛ أي: من حلف على ترك الوطء، وحاصله أن المولي حقيقة أجله من يوم اليمين، وأما من ألحق به فأجله من يوم الرفع، وهذا هو المشهور، وقيل: أجله من يوم اليمين كالأول.

وقوله: (لذلك.... إلى آخره)؛ أي: ولأجل التفرقة بين المولي حقيقة وبين من ألحق به، فرق بين من حلف ألا يطأها حتى تموت أو يموت، وبين أن يموت زيد؛ أي: فيكون أجله إذا حلف أن لا يطأها حتى تموت أو يموت من يوم الحلف؛ لأن يمينه تناولت بقيَّة عمره أو عمرها، فكان بمنزلة من قال: والله لا أطؤك فأطلق، ويكون أجله إذا قال: حتى يموت زيد، من يوم الرفع؛ لأن مدة يمينه محتملة لأقلّ من أجل الإيلاء.

---

(١) هو أبو إسحاق، شيخ المالكية، محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة العماري المصري، من ولد عمار بن ياسر، ويعرف بابن القرطي نسبة إلى بيع القرط. له التصانيف البديعة: منها كتاب " الزاهي " في الفقه، وهو مشهور، وكتاب " أحكام القرآن" و"مناقب مالك " كبير، وكتاب " المنسك"، وأشياء. انظر: سير أعلام النبلاء: ٧٨/١٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٢.

خليل: وظاهر "المدونة[١]" يُخالف هذه التفرقة؛ لقوله: وإن حلف ألا يطأ امرأته حتى يموت فلان، أو حتى يقدم أبوه من السفر؛ فهو مول، فظاهره أنه يُضرب له الأجل من يوم اليمين.

ابن عبد السلام: والتفريق الذي ذكره المصنف غير خال من مغمز.

(ص): **(وفي ابتداء أَجَل المُظَاهِر المُمْتنع من التَّكْفير قادرًا، قولان، وفَيْئَتُه تكفيره)**

(ش): يعني: اختُلف، هل ابتداء أجل الإيلاء في حق المظاهر إذا دخل عليه الإيلاء، بسبب امتناعه من الكفارة وهو قادر عليها من يوم اليمين؟ وهو الذي في "الموازية"، وعليه اختصر البراذعي وغيره "المدونة[٢]"، أو من يوم الرفع، وهو أيضًا لمالك.

اللخمي: والأول أحسن؛ لأن المظاهر قصد تحريم الوطء، إذ معنى الظهار: إنَّ وَطْئتك عليَّ حرام كأمِّي.

وقال ابن يونس: القول الثاني أحسن، يريد: أنه لم يحلف على تَرْك الوطء بالتصريح، فيكون هو الجاري على المشهور في المسألة السابقة.

وفي المسالة قول ثالث: أن الأجل مِن يوم يَتبيَّن ضرره، قيل: وهو مذهب "المدونة[٣]".

وقال الباجي: الثالث والأول في "المدونة[٤]".

وقوله: (وفَيْئَتُه تكفيره)؛ أي: فيئة هذه المظاهر تكفيره، لا الوطء كما في صريح الإيلاء، والفرق على أن الحالف على ترك الوطء، إذا وطئ زال عنه الامتناع، وإنما بقي مطالبًا بالكفَّارة. وأما المظاهر، فإذا وطئ لا يرتفع عنه المانع، بل يتأكد كما سيأتي.

وفُهم من قوله: (وفيئته تكفيره)، أن المُظَاهر لو وطئ، لم ينهدم الأجل. والله أعلم.

(ص): **(وأما من ليس بمضارٍ فلا يدخُلُ عليه إيلاء، ولذلك لم يدخل به على العبد إيلاء؛ لأن مُدَّة صَوْمِه مُدَّة أجله....)**

(ش): يعني: فأمَّا من تَرَكَ الكفَّارة لعدم القدرة، وهو معنى قوله: (ليس بمضار فلا يدخل عليه إيلاء)، وعلى هذا فيكون هذا الكلام قسيمًا في المسألة السابقة للمتنع من التكفير قادرًا، فإن قيل: فإذا كان قسيمه، فكان ينبغي أن يقول: فأما من ليس بقادر؛ لأنه إنما أراد سلب وصف القدرة في قوله: المُمْتنع من التكفير قادرًا، قيل: لعلَّه عدل عن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٢.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٦.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٧.
(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٧.

ذلك؛ تنبيهًا منه على أن الأجل إنما ضُرب له في المسألة السابقة، دفعًا للضرر، وما ذكره المصنف من أن غير القادر لا يدخل عليه الإيلاء، وهو مقتضى "المدونة[1]".

وقيَّده اللخمي بما طرأ عليه العسر والعجز عن الصيام بعد عقد الظهار، قال: وأما إن عقده على نفسه مع علمه أنه عاجز عن حلِّه، فإنه يدخل عليه؛ لأنه قصد الضرر بالظِّهار. ثم يختلف، هل يُطلّق عليه الآن أو يؤخر إلى انقضاء أجل الإيلاء؟ رجاء أن يحدث لها رأي في ترك القيام.

قوله: (ولذلك)، يعني: ولأجل أنه لا يدخل الإيلاء على من ليس بمضار، لم يدخل على العبد إيلاء، ونحوه في "الموطأ " ونصه: قال مالك في العبد يُظاهر من امرأته: أنه لا يدخل عليه الإيلاء، وذلك أنه إذا ذهب، يصوم صيام كفَّارة المُظاهر، دخل عليه طلاق الإيلاء قبل أن يفرغ من صيامه.

الباجي[2]: يريد: لأن صيامه شهران وأجله في الإيلاء شهران، فإن أفطر ساهيًا أو لمرض، انقضى أجل الإيلاء قبل تمام الكفَّارة. قال: وتعليل مالك في "الموطأ " يدل على أنه لا يُضرب له الأجل، وإن أذن له السيد في الصوم.

لكن لا يوجد هذا لمالك ولا لأحد من أصحابه على هذا التفسير، ولعله أراد أن هذا من بعض ما يعتذر به العبد في رفع ضرب أجل الإيلاء عنه، إن كان أراد الصوم ومنعه سيده؛ لأنه يضر به، فذلك عذر للعبد دخول الإيلاء عليه، وبه قال أصبغ، فلم ير منع سيده من الصيام ضررًا يدخل به الإيلاء؛ لأنه ليس من قبله، وإنما هو حق يملكه غيره.

وروى ابن القاسم عن مالك: لا يدخل على العبد إيلاء، إلا أن يكون مضارًا لا يريد أن يفيء، أو يمنعه سيده الصيام بأمر جائز، فهذا يُضرب له أجل الإيلاء إن رفعته امرأته، ومعناه: أن يُضرب له أجل الإيلاء ليشرع في الكفارة إذا امتنع، أو يبيح له سيده في أثناء ذلك التكفير بالصيام.

وقال صاحب " الاستذكار": ما قاله في "الموطأ" هو أصله: لا يدخل على المظاهر الإيلاء، حرًّا كان أو عبدًا، إلا أن يكون مضارًا.

وقوله: أنه لو ذهب يصوم.... إلى آخره، هو على قول من يقول: أن بانقضاء أجل

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٨.

(٢) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد الباجي، الأندلسي، كان فقيها محدثا، صنف المنتقى في شرح الموطأ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ٢٧١/١١.

الإيلاء يقع الطلاق، فيقول: لو وقع الطلاق بعد شهرين، لم تصحّ له كفَّارة؛ إذ هو لا يكفر إلا بالصوم، فكيف يكون مكفرًا ويلزمه الطلاق؟ وهذا محال.

ابن عبدوس: قلت لسحنون: فإذا لم يدخل على العبد إيلاء، فما تصنع المرأة؟ قال: ترفعه إلى السلطان، فإما فاء أو طلّق عليه.

أبو عمر: وهذا خلاف قول مالك في "الموطأ".

خليل: وكلام الباجي أَوْلَى؛ لأن ابن عبد البر جعل كلامه في "الموطأ " مبنيًّا على القول بوقوع الطلاق بمجرد مضي الزمان، وهو غير المعروف من أقوال مالك، وظاهر كلامه: أنه حمل " الموطأ " على أنه لا يلزمه إيلاء ألبتة، لجعله ما حكاه ابن عبدوس مخالفًا له، وهو شيء لم يَقُله مالك ولا أحد من أصحابه على ما قاله الباجي.

(ص): (**ولو زال المِلْك عن العبد المَحْلُوف بعِتْقه، انْحَلَّ الإيلاء، فلو عَادَ، عاد إن كان بَقِيَ أكثر من أربعة أشهر....**)

(ش): يعني: إذا قال: إن وطئتك فعبدي ميمون حر، ثم باع ميمون، انحَلَّ الإيلاء؛ لأنه إن امتنع الآن من الوطء، فليس امتناعه من اليمين. (**فلو عاد**)؛ أي: العبد المحلوف بعتقه إلى ملكه، عاد الإيلاء عليه، إن كانت يمينه غير مؤقتة، وبقي من المدة أكثر من أربعة أشهر.

وما ذكره المصنف من عود الإيلاء عليه إذا ملكه ثانيًا، هو مذهب ابن القاسم.

قال ابن بكير: لا يعود عليه.

وقال أشهب: إن خرج من ملكه أولا من غير اختياره، كما لو باعه الحاكم لفلسٍ، لم يعد، ولو خرج أولا باختياره، عاد إليه الإيلاء، وقد تقدَّم توجيه الأقوال في الطلاق عند الكلام على المحلِّ. فإن قيل في الفرق على قول ابن القاسم بين رجوع العبد وبين رجوع الزوجة بملك مستأنف، كما سيأتي.

قيل: لأنه يُتهم في العبد أن يكون قصد ببيْعه حلّ اليمين، بخلاف الزوجة، فإنه لا يُتهم عليها، ولهذا لم يتهمه هو ولا غيره في إرث العبد لما كان ملكه جبريًّا.

(ص): (**وكذلك الطلاق البائن إذا قَصُرَ عن الغَايَةِ ولو بعد زوجٍ**)

(ش): أي: فكمسألة العبد إذا قال لإحدى زوجتيْه مثلا: إن وطئتك ففلانة طالق؛ فطلَّقَ فلانة طلاقًا بائنًا، أو رجعيًّا وبانت، انْحلَّ الإيلاء، فلو أعادها بعد ذلك ولو بعد زوج، عادت عليه اليمين ما بقى من العصمة الأولَى شيء.

(ص): **(فلو بلغ الغاية فتزوَّجها بعد زوجٍ، لم يعد)**

(**ش**): هذا هو مقابل قوله أولا: (قَصُرَ عن الغاية)؛ أي: فلو بلغ الغاية، إمَّا بأن طلَّقها ثلاثًا أو تكمَّلت الثلاث، ثم تزوَّجها بعد زوج، **لم تعد** عليه اليمين؛ لأن الملك الذي علَّق عليه اليمين ذهب.

واعلم أن ما ذكر من عدم عود اليمين إذا بلغ الغاية، إنما هو في المحلوف بطلاقها، وأما المحلوف على عدم وطئها، فإن اليمين منعقدة عليه فيها، سواء طلَّقها ثلاثًا ثم تزوَّجها، أو أقلّ من ذلك؛ قاله في "المدونة[1] " في مسألة: زينب وعزة، وقد تقدَّم نصّها في الطلاق.

(ص): **(أمَّا لو وُرِثَ العبد، لم يعد)**

(**ش**): يعني: (أما لو) عاد ملك العبد بالإرث، (لم يعد) عليه الإيلاء، كرجوع الزوجة بعد الزوج. ولو اشترى بعض العبد وورث بعضه، عاد عليه إيلاء، لأجل بقاء اليمين في ذلك البعض المشترى، وكذلك لو لم يرث منه شيئًا، ولكن اشترى بعضه، فإن وطأها في المسألتيْن، عتق عليه جميع **العبد**، البعض المشترى منه بنفس حنثه وبقية **العبد** بالتقويم.

(ص): **(ولو قال لغَيْر المَدْخُول بها أو غيرها: إن وَطِئْتُك فأنت طالق؛ وَقَعَ بأوَّلِه طَلْقَةٌ رَجْعِيَّة، وبقيَّته ارتجاع، ويَنْوِيه...)**

(**ش**): يعني: إذا قال لغير المدخول بها أو غيرها: إن وَطِئْتك فأنت طالق، يريد: واحدة أو اثنتيْن من الوطء في الدخول بها أو غيرها، وعلى الوطء يعود الضمير في أوَّله وبقيته.

ابن راشد: قوله: (فَيَنْوِيه) عائد على قوله: (ارتجاع)، وساوت غير المدخول بها؛ لأنها تصير مدخولا بها بالالْتِقَاء، وهكذا قال ابن المواز، ونصّ كلامه عند ابن يونس: وإن كانت يمينه بواحدة فهو مولٍ، وإن وطئ فلينو ببقيَّة مصابه الرجعة؛ لأنه يحنث بأول الملاقاة، وإن كان ذلك قبل البناء، ضُرب له أجل الإيلاء وله الفيئة في الوطء، على أن ينوي ببقية مصابه الرجعة، فإن وطئ على هذا وإلا طلق عليه، وكذلك قال عبد الملك. وإن لم ينو ببقيَّة مصابه الرجعة، فلا رجوع له مدخولا بها أو غير مدخول

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٩.

بها؛ لأنها ترك تحقيق رجعته بأن ينوي ببقية وطئه الرجعة.

وحكى اللخمي في هذه المسألة خلافًا، فقال: اختُلف في صفة ما يُباح له، وهل ذلك بشرط أن ينوي الرجعة؟ فقيل: له أن يُصيب وينزل، إلا أن ينوي مراجعة؛ لأن الإنزال زائد على الوطء، وقد حنث بما قبل إنزاله، وقيل: له مغيب الحشفة، لأنه يحنث بأول ما يقع عليه اسم الوطء، ولم ير النزع منها وطئًا.

وقيل: يُمنع منها ابتداءً؛ لأنه يحنث بمغيب الحشفة، والنزع، والوطء. وهو أحسن على ظاهر المذهب في الحنث بالأقل.

ثم يُختلف، هل يُسقط عنه بذلك الإيلاء؟ فعلى قول ابن القاسم: يسقط؛ لأنه قد حنث. وعلى قول عبد الملك: لا يسقط عنه، نوى أم لا؛ لأنه يقول: لا يسقط الإيلاء إلا بالمصاب، وإذا كان ذلك فمن حقها الوطء التام والإنزال؛ لحقها في الولد، فإن أصاب وهي في العِدة بعد أن نوى الرجعة، وإلا طُلِّق عليه. قال: وكذلك اختُلف إذا قال: إن وطئتك فأنت طالق ألبتة، كالاختلاف الأول.

(ص): (ولو قال: **إن وَطِئْتُك فأنت طالق ثلاثًا؛ فأكثر** الرواة: لا **يُمكَّنُ، إذ باقي وطئه حرامٌ**. وقال **ابن القاسم**: **ويُنجَّزُ من غير أجلٍ إذا رَفَعَتْه**، وقال **أيضًا**: **يُمَكَّن من الْتِقَاءِ الخِتانيْن وينْزِعُ**، وقال **أيضًا**: **حتى يُنْزِلَ**...)

(**ش**): يعني: اختلف إذا قال لامرأته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا؛ فروى أكثر الرواة عن مالك: لا يمكن من الفيء بالوطء؛ هكذا في "التهذيب"، وهو أحسن من كلام المصنف؛ لأن ما في "التهذيب " يُؤخذ منه أنه مولٍ، وإنما مُنع من الفيئة خاصة، بخلاف كلام المصنف لاحتماله هذا، وإلا يكون موليًا، لكن لمَّا قابل المصنف قول: (أكثر الرواة) بقول ابن القاسم: (ويُنجز من غير أجلٍ إذا رَفَعَتْه)، زال هذا الاحتمال.

وقوله: (إذْ باقي وَطْئِه حرامٌ)، هكذا اختصر ابن يونس "المدونة[1]"، واختصرها البراذعي: إذ باقي وطئه لا يجوز، وكلاهما سواء؛ لأنه يحنث بأول الملاقاة، فيكون باقي وطئه حرام.

ورأى ابن القاسم أنه لما كان ممنوعًا من الفيئة، لم يكن في ضرب الأجل فائدة، إذ ضرب الأجل، إنما هو وسيلة للفيئة. وقول ابن القاسم بتنجيز الطلاق مروي عن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦٩.

مالك، وهو اختيار سحنون.

وقوله: (وقال ابن القاسم: وينجز من غير أجل إذا رَفَعَتْه)، يدل على أنها لو لم ترفعه، لم تُطلَّق عليه. وقال مطرف: تطلق وإن لم ترفعه.

قال في "المقدمات": وتحصيل الخلاف في هذه المسألة أن فيه قولَيْن: أحدهما: أنه مول. والثاني: ليس بمول. فعلى الأول تُطلَّق عليه حتى يحل أجل الإيلاء، واختلف عليه إذا حل الأجل على أربعة أقوال:

الأول: أنها تُطلَّق عليه ولا يُمكّن من الفيء، وهو مذهب ابن الماجشون.

والثاني: أنه لا تُطلَّق عليه إلا أن يأبى الفيء، فإن لم يأب، مُكِّن من الْتِقَاء الختانيْن فقط. وهو مروي عن مالك.

والثالث: أنه يُمكّن من جميع لذَّته ولا ينزل؛ خيفة أن يكون الولد ولد زنًا، وهو قول أصبغ.

والرابع: أنه يمكَّن من الكمال؛ أي: لا يقع عليه الحنث إلا بتمامه، وهو قول ابن القاسم في أصل " الأسدية".

وظاهر قوله في "المدونة[1]"، وما يُؤخذ له فيها من خلاف ذلك، فقد قيل: إنه من إصلاح سحنون. وعلى أنه غير مولٍ، وفي ذلك قولان:

أحدهما: أنه يعجّل عليه الطلاق من يوم حلف، وهو قول مطرف.

والثاني: أن الطلاق لا يعجّل عليه، حتى ترفعه امرأته إلى السلطان وتوقفه. انتهى باختصار.

وذكر عياض، عن شيخه ابن عتاب، عن أبيه: أنه يتضمَّن كلامه في المسألة في الكتاب أربعة أقوال:

أحدهما: أنه مولٍ ولا يطلق عليه إلا بعد الأجل.

الثاني: أنها تُطلَّق عليه إذا قامت، وهو مول.

الثالث: تطلق عليه وإن لم تقم، وليس بمول.

الرابع: تطلَّق عليه إذا قامت، وليس بمول.

اللخمي: ولم يختلف أنه لو نزع قبل تمام الوطء أنه يُمنع من المعاودة. واستشكل

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٧٣.

القول بأنه يمكّن من الْتِقَاء الختانيْن، بأن ضبط النفس عن الزيادة على ذلك عسير.

(ص): (**ويُمكَّن في الظِّهار اتِّفاقًا**)

(ش): أي: إذا فُرضت هذه المسألة في الظهار بأن قال: إن وطئتك فأنت عليَّ كظَهْرِ أُمِّي؛ فإنه يُمكَّن من الوطء بالاتفاق، وفي هذا الاتفاق نظر. وقد حكى اللخمي في (كتاب الظهار) في هذه المسألة في إباحة الوطء أربعة أقوال:

الأول لمحمد: أنه يُمنع جملة؛ لأن مغيب الحشفة يُوجب الحنث، والنزوع وطء ممَّن وقع عليه الظهار.

الثاني لعبد الملك: أنه له مغيب الحشفة، ثم ينزع بناءً على أن النزوع ليس بوطء.

الثالث: لا يطأ ولا يُنزِل.

الرابع: أن له ذلك وإن أَنْزل.

قال: وظاهر "المدونة[1]": أن له الإصابة التَّامَّة، ثم ينعقد عليه الظِّهار، ولا تلزمه الكفارة إلا أن يطأها بعد ذلك.

وعلى هذا فلا فرق بين هذه المسألة والتي قبلها؛ لأن الزوجة تُحرم هنا بالظهار كما تحرم في الأولى بالطلاق، ولكن رُفع التحريم الحاصل في الظِّهار بيده، لقدرته على التكفير.

خليل: وانظر على هذا، لو كان له عبد حاضر وقال: أنا أطأ وأعتقه عن ظهاري إذا أَوْلَجت، هل يتَّفق على تمكينه من الوطء حينئذٍ وهو الظاهر أم لا؟

ولا يقال: إذا كان الظاهر أنه يمكَّن في هذه الصورة بالاتفاق، يصح كلام المصنف؛ لأنه لم يقيّد كلامه بهذه الصورة، ولا يمكن أن يريده فقط؛ لأنها فرض نادر.

وقول اللخمي: ظاهر "المدونة[2]"؛ لأن فيها: من قال لزَوْجَته: إن وطئتك فأنت عليَّ كظَهْرِ أُمِّي؛ فهو مول حين تكلَّم بذلك، فإن وطئ، سقط عنه الإيلاء ولزمه الظهار بالوطء، ولا يقربها بعد ذلك حتى يكفِّر، ولهذا غمز سحنون ما في "المدونة".

فضل: وإنما غمزها فيما أظن؛ لأنه ذهب مذهب عبد الملك، أنه لا يُمكَّن من الوطء. قال: وإنما تكلَّم ابن القاسم على أحد قوليْه في (كتاب الإيلاء)؛ أي: المسألة التي فوق هذه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٧٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٨٤.

صاحب " النكت " وابن محرز: وليس في قوله في "المدونة[١] " ما يدل على تمكينه من الوطء، وإنما قال: فإن وطئها؛ فأنت ترى كيف أشار فضل إلى إجراء هذه المسألة على التي فوقها، وكلام عبد الحق وابن محرز ظاهر؛ لأنه إنما قال في "المدونة": إن وطئ، سقط عنه الإيلاء؛ لأن له أن يطأها.

(ص): (ولو قال: إن وَطِئْتُ إحداكما فالأخرى طالق؛ وأَبَى الفَيْئَة، فالحاكم يُطلِّقُ إحداهما)

(ش): (وأَبَى الفَيْئَة)؛ أي: وطء كل منهما، ولا إشكال أنه لو وطئ واحدة طُلّقت عليه الأخرى.

وقوله: (فالحاكم يُطلِّق إحداهما)، ينبغي أن يفهم على أن القاضي يُجبره على طلاق واحدة، أو يطلق واحدة بالقرعة، وإلا فطلاق واحدة غير مُعيَّنة لا يمكن؛ إذ الحُكم يستدعي تعيين محله، وفي تطليق معيَّنة منهما ترجيح بلا مرجح. ومن قامت بحقها من هاتين المرأتين، كان الحكم كما ذكره المصنف، ولا يشترط قيامهما معًا.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم في تقييد هذه المسألة قولين، هل يكون موليًا منهما معًا، أو لا يكون موليًا إلا من إحداهما؟

(ص): (ولو حَلَفَ لا يطأ في هذه السَّنَة إلا مرة، فقال ابن القاسم: مُولٍ حينئذٍ، وقال أيضًا: لا إيلاء عليه حتى يطأ، وقد بقي أكثر من أربعة أشهر، واختُلف فيها لما نزلت بالمدينة....)

(ش): هاهنا قاعدة تنبني عليها هذه المسألة، والمسألة التي قبلها وما بعدها من الفروع، وهي: أن الحالف إذا كان امتناعه ليمين انعقدت عليه، كان موليًا باتِّفاق، وإن امتنع لا ليمين انعقدت عليه، وإنما امتنع خوفًا من انعقاد اليمين، فهل يكون موليًا من حين اليمين أو لا يكون موليًا حتى يطأ؟ قولان.

والقولان في المسألة التي ذكرها المصنف في "الموازية"، والقول الثاني مع بقية الكلام الذي ذكره المصنف في "المدونة[٢]"، ولا يلزم من تقديم المصنف للقول الأول أن يكون هو المشهور، وإنما يلزم ذلك لو صدَّر به، ثم عطف عليه بـ (قيل)، واختار ابن المواز القول الأول.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٨٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٨٨.

(ص): (**ولو حلف لا يُجامعها فيها غير مرتيْن، فقال ابن القاسم: لا يكون موليًا، وقال أصبغ: مول؛ وهوغلط، نعم لو وَطِئَ مرتيْن وقد بقي أكثر، فمولٍ....**)

(**ش**): قوله: (فيها)؛ أي: في السَّنَة، ووجه قول ابن القاسم: أن له أن يترك وطئها أربعة أشهر، ثم يطأها، ثم يترك وطئها أربعة أشهر، ثم يطأها، فلا يبقى من السَّنَة غير أربعة أشهر.

وقال أصبغ: مول. وقال محمد: هو غلط، وتبعه المصنف لما قلناه في توجيه قول ابن القاسم.

خليل: ويمكن أن يُوَجَّه قول أصبغ بأن يقال: لو لم يلزمه الإيلاء في مثل هذه الصورة، لتوصل بهذا إلى مضارة الزوجة؛ لأنه يمكنه أن يفعل في كل سَنَة كذلك، فيؤدِّي إلى الضرر المستديم، وإبطال ما شرعه الله من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فتكون هذه المسألة كالسريجية، ولا سيما ومن قواعدنا القول بسدِّ الذرائع، على أن جواب ابن القاسم بعدم الإيلاء، إنما ينبني على القول بأن من حلف على ترك الوطء أربعة أشهر لا يكون موليًا، وأما على الرواية الأخرى فلا. وهذا الذي أشرنا إليه في توجيه قول أصبغ، رأى اللخمي أن يكون لها حق في الوقف للضَّرر لا للإيلاء.

وقوله: (نعم، لو وطئ مرتيْن وقد بقي.... إلى أخره)، هو جواب لابن القاسم، تقديره أن يقال: إنما ألزمه أصبغ الإيلاء، لاحتمال أن يطأ مرتيْن في أوَّل السَّنَة، فأجاب عنه بأنه: لو وطئ مرتين وقد بقي أكثر من أربعة أشهر، لكان موليًا بالاتفاق.

(ص): (**وفيها: إن وطئتك فكل مملوك، أو كل مال أَمْلِكه من بلد كذا حُرٌّ أو صدقة؛ قولان لابن القاسم: في تعجيل الإيلاء، بخلاف التعميم، فإنه لا يكون موليًا....**)

(**ش**): هذان القولان مبنيان على القاعدة المتقدمة؛ لأنه امتنع من الوطء، خوفًا من انعقاد اليمين عليه في ما يملكه من البلد المُسمَّى؛ لأنه إن جعلت الانعقاد بمنزلة ما يلزمه من صوم، أو صدقة، أو نذر، أو كفَّارة، عَجَّلت الإيلاء، وإلا لم تعجله. ولعل المصنف نسب هذه المسألة لـ "المدونة[1]"، ليُبيِّن لك أن كُلا من القوليْن في المسألة السابقة له أصل في "المدونة".

وقوله: (**بخلاف التعميم**)؛ أي: فلا يكون موليًا؛ لأن يمينه لم تنعقد.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٨٩.

(ص): (وللزوجة المُطالَبة إذا مضت أربعة أشهر، فيأمُره الحاكم بالفَيْئَة أو الطلاق؛ فإن أبى طلَّقَ عليه.....)

(ش): قوله: (إذا مضت أربعة أشهر)، هذا مبني على المعروف من المذهب، وأما على القول بوقوع الطلاق بمضي الأربعة أشهر فلا.

وقوله: (أربعة أشهر)؛ أي: من يوم الحلف، إذا كانت يمينه صريحة في ترك الوطء، أو من يوم الرفع، إذا كانت يمينه متضمَّنة لترك الوطء كما تقدَّم.

قوله: (فيأمره الحاكم بالفيئة)؛ أي: الوطء، (أو الطلاق؛ فإن أبى) من كل منهما (طلَّق) الحاكم (عليه).

وظاهر كلامه أنه يتلوَّم له، وهو الصحيح، وإن كان بعضهم ذهب إليه.

واعلم أن للمولي إذا وقف حالتيْن:

الأولى: أن يقول: لا أطأ، والحكم فيها أن يطلَّق عليه من غير تلوُّم.

والثانية: أن يقول: أطأ، فهذا يتلوم له فيها.

وإليه أشار بقوله:

(ص): (فإن أَجَابَ اخْتَبَرَ مرَّةً وثانية، فإن تبيَّن كَذِبُه، طلَّقَ عليه)

(ش): أي؛ (فإن أجاب) إلى الوطء، وعلى هذا فمراده بالإجابة أخص من مراده بالإباية في قوله: (أبى)؛ لأن مراده به بالإباية من كل من الوطء والطلاق كما تقدم، ومراده بـ (أجاب)؛ أي: إلى الوطء، على أنه يمكن أن يريد بأجاب: الإجابة إلى أحد الأمريْن لا يعنيه، ويكون مقابلا لقوله: أبى، لكن المسألة إنما هي منصوصة على الوجه الأول.

وقوله: (اختبر مرَّة وثانية)، ظاهر كلامه أنه موكول إلى اجتهاد الحاكم.

قال في "البيان": وهو المعلوم من مذهب مالك قال في "المدونة[1] " وغيرها، أنه يختبر المرتين والثلاث.

ابن عبد السلام: ووقع في المذهب روايات بالتحديد، أَضْرَبْنا عنها لمخالفتها الأصول.

اللخمي: وروى ابن وهب أنه قال: يُؤخّر وإن أقام في الاختبار، حتى تحيض ثلاثة حِيَض وأكثر، ويوقف أيضًا، فإن قال: أنا أفيء؛ خُلِّي بينه وبينها، إلا أن يكثر ذلك

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٨٩.

فتُطلَّق عليه. وروى أشهب أنه قال: يُخلى بينه وبينها ولو لم يف، حتى انقضت عِدَّتها من يوم، قال: أنا أفيء؛ طُلِّقت عليه طلقة بائنة.

(ص): (**والفَيْئَة تَغْييب الحَشفة في القُبُل في الثَّيِّب، وافْتِضَاض البِكْر طائعًا عَاقِلا**)

(**ش**): (الفَيْئَة) لغة: الرجوع؛ والمراد بها هنا: الرجوع إلى ما كان ممتنعًا منه بسبب اليمين، وهو الجماع، واحترز بالطوع من المكره، وبالعقل من المجنون، فإن وطئهما ليس فيئة.

وهكذا في "الجواهر"، لكنه خلاف ما نصَّ عليه ابن المواز، وأصبغ في "العتبية"، ونقله صاحب " تذهيب الطالب"، واللخمي، وصاحب " البيان": أن وطء المجنون في حال جنونه فيئة. قال في "البيان": لأنها نالت بوطئها في جنونه، ما تنال بوطئه في صحته.

ووقع في قول أصبغ زيادة: أنه يحنث بالوطء ويكفر عنه وليّه. قال في "البيان": وهو ضعيف؛ لأن فِعله في حال الجنون كلا فعل، فإذا وطئ في حال الجنون، وجب أن لا يحنث بذلك، ولا تجب به الكفَّارة، لقوله صلى اله عليه وسلم: "رُفع القلم عن ثلاث"[1]، وعَدَّ فيهم المجنون.

وقياس ما قاله أهل المذهب في المجنون، أن يكون وطء المكره فيئة، بل أولى، ألا ترى أنه اختلف في حدِّ الواطئ مكرهًا، ولم يختلف في سقوط الحد عن المجنون، وأيضًا فإنه قد قيل عندنا: أن الإكراه إنما يكون في القول لا في الفعل. والله أعلم.

(ص): (**ولا ينْحَلُّ بالوطء بيْن الفَخذَيْن**)

(**ش**): أي: (ولا يَنْحَلُّ) الإيلاء (بالوَطْءِ بين الفَخذَيْن)، وهكذا قال في إيلاء "المدونة[2]": لا تحصل الفيئة بالوطء بين الفخذين، ولا بالقُبْلة والمباشرة واللَّمس، قال فيها: إلا أن الكفَّارة تلزمه بالوطء دون الفَرْج، وتحمل يمينه على الاعتزال، حتى يخص بنيَّته الفرج.

اللخمي: وعلى القول بحمل الأيمان على العادة، لا يحنث بالإصابة بين الفخذين في (كتاب الرجم) من "المدونة[3]"، فإن وطئها بين الفخذين فكفَّر، زال إيلاؤه؛ لأنه لو

---

(١) أخرجه النسائي، برقم (٣٤٣٢) وأحمد في مسند، برقم (٢٤١٧٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٠.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩١.

كفَّر قبل أن يطأ، سقط إيلاؤه، فكيف إذا وطئ للإيلاء، وظاهر ما قال في الإيلاء يخالف ما في (كتاب الرجم)؛ لأنه نصَّ في الرجم على سقوط الإيلاء، وفي الإيلاء على عدم سقوطه.

أبو الحسن: إلا أن يتأوَّل قوله في الإيلاء، إلا أن الكفَّارة تلزمه على معنى ولم يخرجها، وأما لو أخرجها لسقط عنه الإيلاء عملا بما في الرجم.

وقال الباجي بعد أن ذكر قول مالك: أنه يحنث بالوطء دون الفرج: وتحمل أَيْمانهم على الاعتزال، لا خلاف أنه إذا أتى بما يحنث به فقد بطلت يمينه، وإذا بطلت يمينه لم يبق إيلاء، وهو أعلم بما تجب عليه به الكفارة من الوطء بالفرج أو غيره، وأما فيما بيْنه وما بين الزوجة، فلا يخرج عن حُكم الإيلاء بما يدعي من أنه لم يرد الفرج فلا يُقبل قوله، يسقط به حكم الإيلاء عن نفسه، ويقبل فيما يُوجب عليه الكفَّارة، كما أنه لو كانت يمينه بالله فكفَّر بزعمه، لم يقبل ذلك فيما بينه وبين الزوجة، وبالله التوفيق. انتهى.

خليل: وعلى هذا فقوله في "المدونة[1] " في الإيلاء: أن اليمين لا تنحل بالوطء بين الفخذيْن، إنما هو فيما بيْنه وبين الزوجة، وأما يمينه فقد انحَلَّت.

ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ: وقد اختُلف إذا لم ينوِ الفرج، هل يحنث بما دون الفرج؟ وهو قول مالك أم لا؟ وعلى الحنث لو كفَّر وقال: أردت يمين الإيلاء؛ ففي تصديقه قولان.

فإن ادَّعى نيَّة في الفرج فله نيته، وإن قامت عليه البيِّنة؛ لأن نيته مطابقة لظاهر لفظه، إلا أن تفهم البيِّنة على أنه أراد الاجتناب، فلا تُقبل نيَّته حينئذٍ.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: إذا وطئ المولي دون الفرج، وقال: نَوَيْت الفرج؛ لم يحنث وبقي موليًا لحاله. وإن قال: لا نية لي؛ حنث ولزمته الكفَّارة، فإن كفَّر سقط عنه الإيلاء، وإن لم يكفر بقي موليًا؛ لأنه يُتهم أن يكون نوى الفرج وكذب في قوله: لم أنوِ شيئًا؛ حين لم يكفر وأراد سقوط الإيلاء عنه.

وفي سماع أبي زيد في من قال: امرأته طالق إن وطئ فرجًا حرامًا أبدًا؛ فضمَّ جارية لامرأته إلى صدره حتى أنزل، حنث، ولا أنويه أنه أراد الوطء بعيْنه.

وفي "الموازية": من حلف ألا يتسرى على امرأته، فجرَّد جارية له ووضع يده على محاسنها وملاذها، ليس بتسر. انتهى. وفسَّر ابن رشد ما في سماع أبي زيد من التحنيث

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩١.

بضمِّ جارية امرأته، بما إذا حضرته البيِّنة، قال: وأما إن جاء مُستفتيًا فلا يحنث.

أبو الحسن: وهو خلاف ما في الإيلاء من "المدونة[١]" في قوله: أن يمينه تحمل على الاعتزال.

(ص): **(ويجوز على المشهور)**

(ش): لم يثبت هذا في نسختي، ولا في نسخة ابن راشد، ولا في أكثر النسخ، ووقعت في بعض النسخ، وهو كلام مشكل؛ لأن ظاهر كلامه أنه عائد على الوطء بين الفخذين، فيكون التقدير: ويجوز الوطء بين الفخذين على المشهور؛ وليس كذلك، فإنه لا خلاف في جوازه، نقله ابن عبد السلام.

والأقرب أن يكون قوله: (على المشهور) متعلِّقًا بصدر المسألة؛ أي: ولا ينحل بالوطء بين الفخذين على المشهور، وبيَّن هذا ما وقع في بعض النسخ، عوضًا عن قوله: (ولا ينحل بالوطء بين الفخذيْن، وفي حلِّه بالوطء في غيره، قولان).

ووُجد في بعض الحواشي المنسوبة إلى ابن الأنباري في هذا الموضع ما نصه: لعلَّه إنما أراد: المُظاهر منها، وهو في غاية الضعف؛ لأنه تسليم لعدم صلاحيَّة هذا الكلام لهذا الموضع، ولأن المشهور في المُظاهر منها خلاف هذا، كما سيأتي.

(ص): **(وفي المُحَرَّم قولان)**

(ش): أي: وفي انحلال الإيلاء بالوطء المُحَرَّم، كما لو وطئها حائضًا، أو محرمة، أو في نهار رمضان. وأجراها اللخمي وغيره على الخلاف في الإحلال والإحصان بذلك.

(ص): **(وفي (كتاب الرَّجْم): لو جَامَعَ في الدُّبُر انْحَلَّ الإيلاء، إلا أن يكون نوى القُبُل، ولم يُقرّه سحنون.....)**

(ش): تصور المسألة واضح، وقوله: (ولم يقره)؛ أي: لم يقره في "المدونة[٢]" وطرحه، وهكذا قال الشيخ أبو محمد وابن يونس: أن سحنونًا طرحه ولم يقره. وفي بعض النسخ: ولم يقرأه سحنون. والأول أحسن؛ لأنه لا يلزم من عدم القراءة الطرح.

ولعل سحنونًا إنما طرح هذه المسألة؛ لأنها تُوهم إباحة الوطء في الدبر وهو محرم، أو لأنها مخالفة لما في (كتاب الإيلاء)؛ لأنه لا فرق بين الوطء في الدُّبر والوطء بين الفخذين بالنسبة إلى الزوجة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٣.

خليل: ويمكن أن يُقال: أن مراد مالك بانحلال الإيلاء هنا: إذا جاء مستفتيًا؛ لأن يمينه تحمل على الاعتزال، وإذا حنث في يمينه لم يبق موليًا.

(ص): (والتَّكْفِير وتَعْجِيل الحنث في المَحْلُوف به بعد الوُقُوف وقَبْلَه، ينْحَلُّ به الإيلاء)

(ش): لما انقضى كلامه على الفيئة، أتبع ذلك بما يقوم مقامها، وذلك نوعان:

النوع الأول: التكفير؛ أي: في اليمين بالله، قبل الوقوف أو بعده، ينحل به الإيلاء، وهذا هو المشهور.

وقال أشهب: لا ينحل الإيلاء بالكفَّارة قبل الحنث، إذ لعلَّه كفَّر عن يمين سبقت؛ وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في تقديم الكفَّارة قبل الحنث، ولأنه يتهم على قول أشهب أن يكون قصد يمينًا أخرى.

النوع الثاني: تعجيل الحنث في المحلوف به، كما لو أعتق العبد المحلوف بعتقه. قال في "البيان": ولا خلاف في هذا؛ لأنه لا بقاء ليمين بعد ذلك.

(ص): (والقول قوله في الفَيْئَة كالاعتراض)

(ش): يعني: في دعواه الفيئة. قال في "المدونة[1]": مع يمينه، فإن نكل حلفت هي، تطلق عليه إن شاءت.

والمشهور أن القول قوله، بكرًا كانت أو ثيِّبًا، وقيل: القول قولها إن كانت بكرًا. وهذا الخلاف يُؤخذ من تشبيه المصنف بالاعتراض، فإذا كان القول قوله في الفيئة، ففي الكفَّارة أحرى، إلا أن يقال: أن الوطء يتعذر إقامة البيّنة عليه، بخلاف الكفَّارة.

(ص): (فلو كان مريضًا، أو محبوسًا، أو غائبًا - فتكفير اليمين على المشهور إن كانت ممَّا تُكفَّر قبل الحنث، كاليمين بالله أو تعجيل الحنث - كعِتْق العبد، وإبانة الزوجة المحلوف بهما، فإن أَبَوْا، طلَّقَ عليهم، وفي عتق غير معيَّنٍ قولان....)

(ش): هذا تقسيم للفَيْئَة، وذلك لأن المولي إن كان الوطء ممكنًا منه، فالفَيْئة في حَقِّه ما تقدَّم، وإن لم يمكنه الوطء كالمريض، والمحبوس، والغائب، فتكفير اليمين على المشهور، وهو خبر المبتدأ؛ أي: ففَيْئَته تكفير اليمين على المشهور، أو مبتدأ وخبره محذوف.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٣.

والشاذّ يحتمل أنه يريد به ما تقدَّم لأشهب في الكفَّارة، على ما تقدم فإنه منصوص هنا، فيكون الشاذ على هذا أضيق من المشهور، ويحتمل أن يريد بما ذكره عن سحنون.

وهو قوله: وقال سحنون: الأكثر أن الوعد كاف إلى أن يمكنهم، فيكون الشاذ أوسع من المشهور، وهذا هو الظاهر لعمومه، ولأنه المُصرَّح به في كلامه.

واستقرأ اللخمي من المشهور: أن المسجون لا تدخل عليه زوجته في السجن، ولو كان ابن عبد الحكم قال: يجوز دخولها. وتصور قوله: أو تعجيل الحنث ظاهر؛ وهو يؤخذ من كلامه السابق.

والضمير في قوله: (أَبَوْا) عائد على المريض، والمحبوس، والغائب.

وقوله: (طلَّقَ عليهم)؛ أي: إذا أبوا من التكفير وتعجيل الحنث.

وقوله: (بهما) عائد على العبد والزوجة.

وقوله: (وفي عتق غير معيَّن قولان)؛ أي: وفي إجزاء العتق غير المعين قولان، وقد تقدَّما وتقدَّم الكلام عليهما، عند ما ذكر المصنف المسألة في (باب الأيْمَان)، وذكرنا أن المشهور عدم الإجزاء.

(ص): **(وإن كانت ممَّا لا يُكفَّر قَبْلَه - كصَوْم لم يَأْتِ، أو بما لا يَنْفَعُ تعجيل الحِنْث فيه، كطلاقٍ فيه رَجْعَة فيها، أو في غيرها - فالفَيْئَة الوعد....)**

(ش): أي: **(وإن كانت)** اليمين **(ممَّا لا يُكفَّر)** قبل الحنث، ولم يمكنه الوطء إن كان مريضًا أو محبوسًا كما تقدم، **(فالفيئة الوعد)**.

ابن راشد: ولا خلاف فيه، ومثل ذلك بما إذا حلف بصوم (لم يأت) زمانه، و(بما لا ينفع تعجيل الحِنْث فيه) وهو ظاهر؛ لأنه إذا قال: إن وطئتها ففلانة طالقة، فلا فائدة في تطلقة فلانة؛ لأنه إذا طلَّقها طَلْقَة رَجْعِيَّة، فاليمين منعقدة، وكذلك أيضًا إذا قال: إن وطئتك فأنت طالق، ثم قيل له: عَجِّل هذه الطلقة، فله أن يقول: لا فائدة في هذا التعجيل؛ وليست هذه المسألة هي التي قدَّمها المصنف، أعني قوله: (ولو قال لغير المدخول بها أو غيرها: إن وطئتك فأنت طالق، وقع بأوله طلقة رجعية، وبقيته ارتجاع فينويه)، كما قال ابن عبد السلام: لأن الأولى إنما أتى بها لإفادة أنه يمكن من الوطء، وأنه تقع عليه طلقة بالوطء فينوي الرجعة ببقية الوطء، وهذه إنما أتى بها لإفادة أن تعجيل الطلاق لا يفيد.

قال في "البيان": وكذلك لو حلف بصيام، أو صدقة، أو مشي، أو صدقة شيء بغير

عيْنه، فلا خلاف أنه لا ينحل عقد اليمين، ولا يرتفع عنه الإيلاء بالصيام، ولا بالمشي، ولا بالصدقة إن فعل ذلك قبل الحنث، وإن نوى بذلك حل اليمين عنه، وأن عليه أن يفعل ذلك مرة أخرى إن حنث، وعلى هذا فكفَّارته أيضًا بالوعد.

(ص): **(ويُبْعَث إلى الغائب ولو مسيرة شهريْن)**

(ش): نحوه في "المدونة[1]".

الباجي: فجعل الشهريْن في حدِّ القرب، وهو مقيَّد بما إذا عُلم مكانه، وإن لم يُعلم فالحُكم فيه كالمفقود.

قال في "البيان": وقال ابن الماجشون: لا يعذر بالغيبة وتُطلَّق، كانت يمينه ممَّا يقدر على حلِّها بالكفَّارة أم لا، وزاد غيره في قوله: وسواء عنده قَرُبت غيبته أو بَعُدت، وكذلك في "السليمانية": أنها تطلق عليه وإن خرج حاجًّا أو غازيًا.

ويُفهم من قوله: (ولو مسيرة شهريْن)، أنه لو كان أكثر من ذلك لطلق عليه، وهو مفهوم "المدونة[2]"، لكن صاحب " اللباب " جعل القريب بما تبلغه فيه المكاتبة، فإنه قال: وإن كان بموضع تبلغ فيه المكاتبة، بُعث إليه، وإن كان بموضوع لا تبلغه، أو تبلغه ويتعذَّر إتيانها ومعرفتها، أو معرفة من ينقل الشهادة عنه، كان لها أن تقوِّم بالفراق؛ لأن محله في مقامه على الاختيار حتى يثبت أنه ممنوع، فيكون حينئذ كالأسير.

فرع:

اختلف إذا أراد السفر قبل أجل الإيلاء وتقوم به امرأته، فقال ابن القاسم: يمنعه السلطان حتى يحلّ الأجل، فيفيء أو يطلق عليه، فإن أبى إلا السفر، أعلمه أنه يطلق عليه، إذا حلَّ عليه الأجل.

وقال ابن كنانة: إن كان منكرًا للإيلاء مُنع من السفر حتى يتحاكم مع امرأته، وإن كان مقرًّا أطلق له السفر، فإذا حلَّ الأجل طلق عليه. وقال سحنون: يقال له: إما أقمت وإما وَكَّلت من يفيء أو يطلق، فإن قال: أفيء، قيل له: كفِّر.

(ص): **(وقال سحنون: الأكثر أنَّ الوعد كافٍ إلى أن يُمكِنهم الوطء، فإن لم يطئوا طُلِّق عليهم.....)**

(ش): قد تقدَّم أن هذا هو مقابل المشهور، ونصه في "التهذيب"، وقد قال ابن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٥.

القاسم في يمينهم بالله: إن فاؤا بألسنتهم أجزأهم.

سحنون: وهذه الرواية أصح من كل ما كان من هذا الصنف على غير هذا، وعليه أكثر الرواة.

ابن القاسم: وأكثر الأصحاب: إذا أمكنهم من الوطء فلم يطئوا، طُلِّق عليهم.

أبو الحسن: وقوله: من هذا الصنف؛ أي: أسماء الله تعالى وصفاته، والنَّذر الذي لا مخرج له. انظر كيف جعل المصنف هذا القول شاذًّا، مع أنه قول ابن القاسم وأكثر الأصحاب، وصحَّحه سحنون.

(ص): **(فلو رَضِيَتْ لكان لها العود، كالاعتراض والإعسار، بخلاف العُنَّة)**

(ش): يعني: إذا رَضِيَتْ بإسقاط حقّها في الفيئة ثم أرادت الإيقاف، فلها ذلك من غير استئناف أجل، كالتي بالمعترض أو المعسر ثم تقوم؛ لأنها تقول: رَجَوْتُ علاجه وزوال اعتراضه وعسره؛ بخلاف ما إذا رضيت بالعِنِّين؛ أي: بذي الذَّكر الصغير، وظاهر كلام المصنف أن لها الإيقاف من غير يمين لسكوته عنها، ونحوه لمالك.

وقال أصبغ: تحلف ما كان تركها على التأبيد إلا لتنظر، ثم تُطلَّق مكانه دون أجل.

الباجي: وهذا الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك؛ لأن الصَّبر على الضَّرر لا يلزم الزوجة، إذا كانت ممَّن يثبت لها الخيار، كالرضا بالأثرة.

(ص): **(ولا مُطالَبَة لوليِّ الصَّغيرة والمجنونة، بخلاف سيِّد الأمَة، ولو رَضِيَتْ)**

(ش): يعني: إذا رضيت الصغيرة، أو السفيهة، أو المجنونة، بترك الوطء، فلا يكون لوليهنّ الإيقاف، سواء كان أبًا أو غيره؛ لأن نظر الولي خاص بالمال.

ويُفهم من قوله: (لا مطالبة لولي الصغيرة)، أن لولي الصغيرة المطالبة، لكن بشرط أن تبلغ حدّ الوطء، وإن لم تبلغ ذلك فلا كلام لها، قاله اللخمي.

وقوله: (بخلاف سيِّد الأمَة)؛ أي: فإن له إيقاف الزوج، ولو رضيت الأمة بترك الوطء؛ لأن للسيد حقًّا في الوطء، فلا يكون للأَمَةِ إسقاطه.

(ص): **(ولا مُطالَبَة لمُمْتنعٍ وطئها لرتقٍ، أو مرضٍ، أو حَيْضٍ)**

(ش): يعني: أنه لا مطالبةً للمرأة بالفيئة إذا امتنع وطئها لمانع، سواء كان المانع عقليًّا كالرتق، أو عاديًّا كالمريض، أو شرعيًّا كالحيض، فإن قلت: كلامه هنا مناقض لما في اللِّعان بالنسبة إلى الحيض، لقوله: ويُؤخّر لعانهما معًا. وفي "المختصر": لعانها للحيض والنِّفاس، كما يُؤخر طلاقها للإعسار والعُنَّة، بخلاف الإيلاء.

وروى أشهب: والإيلاء؛ فقوله: بخلاف الإيلاء، فإنه يقدّم طلاق المولي في الحيض، والتَّطْلِيق عليه حالة الحيض يقتضي أن يكون مطالبًا للفيئة في تلك الحالة، قيل: لا يبعد أن تكون الفيئة على هذا القول بالوعد، كما في نظائر المسألة، حيث تتعذَّر الفيئة بالوطء ويكون التطليق عليه، إنما هو إذا امتنع من الوعد، والله أعلم.

(ص): **(وتتمُّ رَجْعَتُه في المَدْخُول بها إن انْحَلَّت اليمين في العِدَّة بوطء، أو كفَّارة، أو انقضاء أجل، أو تعجيل حنث، كعتق مُعيَّنٍ وطلاقٍ بائنٍ؛ بخلاف الوطء بين الفخذين ونحوه، إذا كانت اليمين بالله تعالى، ونحوه على المشهور، ولذلك يتوارثان وتَجِبُ النفقة؛ لأنها لم تَبِنْ)**

(ش): اعلم أن كل طلاق يُوقعه الحاكم فهو بائن، إلا طلاقيْن: طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة.

ثم إن الرجعة في المولي مشترطة بانحلال اليمين في العدة؛ لأنه إنَّما طلَّق عليه للضرر اللاحق لها بترك الجماع بسبب اليمين، فلو عادت إليه بدون انحلال، لبقي ذلك الضرر على حاله. واختلف إذا رَضِيَت الزوجة بالرجعة لعدم الإصابة، هل تصح - وإليه ذهب ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون - أو لا تصح؟ وإليه ذهب سحنون.

ثم بيّن المصنف ما تنحلّ به اليمين، فقال: (بوطء، أو كفارة، أو انقضاء أجلٍ) الإيلاء.

وقوله: (أو تعجيل حنث كعتقٍ معيَّنٍ) ظاهر التصور.

وقوله: (بخلاف الوطء بين الفخذين)، فإن حُكم الإيلاء باق عليه كما تقدم.

وقوله: (ونحوه)؛ أي: من المُباشرة، ويحتمل أن يريد بـ (ونحوه): الوطء المحرم على الخلاف المتقدم.

وقوله: (إذا كانت اليمين بالله ونحوه على المشهور) راجع إلى قوله: (أو كفَّارةٍ)؛ أي: إنما تجري الكفَّارة، إذا كانت اليمين بالله ونحوه على المشهور.

(ونحوه إذا كانت اليمين بالله) يحتمل أن يريد به: النذر المُبهم، فإنه فيه كفَّارة يمين، ويحتمل أن يريد به: صفاته، وهو الأقرب، وإلا لقال: ونحوها، ولا يصح أن يريد بالنحو: العتق غير المُعيَّن. فإن المشهور فيه أنه لا تنحل به اليمين كما تقدم. ولو قال: وتتم رجعته بما ينحل به اليمين وفاقًا وخلافًا، لكان أخصر.

وقوله: (ولذلك)؛ أي: ولو كان الطلاق رجعيًّا (يتوارثان) وهو ظاهر، وقوله: ورُوِي عن مالك في "كتاب ابن شعبان": أنه لا نفقة عليه حتى يرتجع، وهو خلاف نصّ

"المدونة[1]".

(ص): **(فإن لم تَنْحَلّ فيها، أُلْغِيَتْ رَجْعَتُه وبانتْ وحلَّتْ، ما لم يكن خلا بها، فإنها لا تَنْحَلُّ بعد رَجْعَتِهِ فتَأْتَنِفُ العِدَّة، ثم لا رَجْعَةَ له فيها، بخلاف المَعْذور بمرض أو نحوه، إلا أن يُمْكِنه الوطء فيمْتنع....)**

(ش): ابن عبد السلام: الضمير في (تَنْحَلّ) عائد على اليمين. وقوله: (فيها)؛ أي: العِدَّة.

(**أُلْغِيت رجعته**)؛ أي: قُدِّرت كالعدم، وفي "المدونة[2]": وإذا طلّق على المولي وقد بنى، فله الرجعة في بقية العِدَّة بالقول، ويتوارثان مالم تنقض، فإن ارْتَجعها بالقول، فواسع له أن يخلِّي وإيَّاها؛ فإن لم يطأ حتى دخلت في أول دم الحيض الثالثة حلت، ولم تكن تلك الرجعة إلا المعذور بمرض، أو سفر، أو سجن، فرجعته رجعة بالقول، فإذا أمكنه الوطء بعد العدَّة فلم يطأ، فرق بينهما وأجزأته العدة الأولى، إلا أن يكون خلا بها وأقرَّ أنه لم يطأ فلتأنف العِدَّة، ولا تكون له عليها رجعة في هذه العدة المؤتنفة؛ لأنه أقرَّ أنه لم يطأ.

وضعف في سماع أشهب وُجوب العِدَّة عليها للأزواج بسبب الخلوة، ورأى التهمة عليها في ذلك بعيدة، وقال في "العتبية": كل طلاقٍ رجعي إذا ارتجع، انقضت واستؤنفت إلى المولي وَحْده.

(ص): **(ولا رَجْعَة في غَيْر المَدخول بها)**

(ش): إذا طلق عليه بالإيلاء غير المدخول بها فلا رجعة له، وهو ظاهر.

(ص): **(ولا ينتقل العبد إلى أجل الحُرّ؛ إذ عَتَق بعد أن آلى، كما لا تنتقل الأمَة إذا عُتِقت في العِدَّة الرجعية وغيرها، إلى عدَّة الحرة.....)**

(ش): قد تقدَّم أن أجل العبد في الإيلاء شهران، فإذا ضرب له ذلك ثم عتق، لم ينتقل إلى أجل الحر، كما لو زنا ثم عتق مكانه، فإنه لا ينتقل إلى حدِّ الحر؛ لأن المعتبر حال الصدور.

وقوله: (كما لا تنتقل.... إلى آخره)، ظاهر التصور.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٥. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٦.

كتاب الظهار[1]

(ص): (الظِّهار تشبيه من يجوز وطؤها بمن يَحْرُم....[2])

(ش): الجوهري[3]: الظهار: قول الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر أُمِّي.

عياض: وهو مأخوذ من الظهر، وكنى به عن المُجامعة؛ لأن المرأة تُركب كما يُركب ظهر المركوب، لا سيما وعادة كثير العرب وغيرهم، المجامعة على حرف من جهة الظهر ويستقبحون سواه، ذهابًا منهم إلى التستر والحياء، ألا تجمع الوجوه حينئذٍ ولا يطلع على العورات، وهي كانت سيرة الأنصار، حتى نزل: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، على إحدى الروايتيْن في سبب نزولها.

واعلم أن الظِّهار كان في الجاهلية، وأول الإسلام طلاقًا، حتى أتت خولة بنت ثعلبة على ما رواه أبو داود في "سننه"[4] وغيره، تشكو زوجها إلى النبي صلى الله عليه

---

(١) الظهار لغة: الظهار، والتظهر، والتظاهر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، مشتق من الظهر، وخصوا الظهر دون غيره؛ لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة، إذا غشيت، فكأنه إذا قال: أنت علي كظهر أمي، أراد: ركوبك للنكاح، حرام علي، كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح، فأقام الظهر مقام الركوب، لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح، لأن الناكح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها. انظر: تاج العروس: ٣٧٣/٣.
أما اصطلاحا: فقال المالكية: تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزأها بظهر محرم أو جزئه. انظر: مواهب الجليل: ١١١/٤.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٠٨/١.

(٣) هو أبو نصر، إسماعيل بن حماد التركي، يضرب به المثل في ضبط اللغة، صنف كتاب الصحاح. وتوفي سنة ٣٩٣هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ٨٠/١٧ وما بعدها.

(٤) أخرجه أبو داود، بسنده، عن خولة بنت مالك رضي الله عنها قَالَتْ: ظَاهَرَ مِنِّي زَوْجِي أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ، فَجِئْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم أَشْكُو إِلَيْهِ، وَرَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُجَادِلُنِي فِيهِ، وَيَقُولُ: "اتَّقِي اللهَ، فَإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ"، فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ: ﴿قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] إِلَى الْفَرْضِ، فَقَالَ: "يُعْتِقُ رَقَبَةً"، قَالَتْ: لا يَجِدُ، قَالَ: "فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ"، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ، قَالَ: "فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا"، قَالَتْ: مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ، قَالَتْ: فَأُتِيَ سَاعَتَئِذٍ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، فَإِنِّي أُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ، قَالَ: "قَدْ أَحْسَنْتِ، اذْهَبِي فَأَطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا
=

وسلم وتقول: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت. وجادلت النبي صلى الله عليه وسلم، واختلفت الأحاديث في نصِّ المجادلة، حتى أنزل الله قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] إلى آخرها.

عبد الوهاب: والظاهر محرم للكذب، كما أخبر الله عز وجل، فقال: ﴿مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢]، لنصّه في الآية على أنه منكر وزور، ولقوله في آخر الآية: ﴿وَإِنَّ اللهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ [المجادلة: ٢].

الشيخ أبو إسحاق: ويُؤدّب من ظاهر لقوله المنكر والزور.

مالك في "المبسوط": والظِّهار يمين تُكفَّر.

الباجي: وفي "المدونة[1]": إن مطلق الظهار ليس بيمين، وإنما يكون يمينًا إذا قال: إن فعلت كذا، فإنها عليَّ كظهر أُمِّي.

وحدّ المصنف الظِّهار بقوله: (تَشْبِيه من يجوز وَطْؤُها بمن يَحْرُم)، ودخل في قوله: (مَنْ يَجُوز) الأمَة والزوجة، وشمل قوله: (من يحرم) المحرمة على التأبيد كالأمِّ ونحوها، والمحرمة لا على التأبيد وهي الأجنبية.

ومراده بقوله: (من يَجُوز وَطْؤُها): من الأصل جواز وطئها، وإن كان يعرض لها عدم الجواز، كما حاضت الزوجة أو الأمَة، أو أُحرمتا أو صامتا في واجب، وبهذا يسقط اعتراض من قال: هذا الرسم غير جامع لخروج الزوجة الحائض منه، إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أُمِّي؛ فإنه ظهار، وهو تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم، وغير مانع؛ لأنه يدخل فيه ما إذا قال لإحدى زوجتيْه: أنتِ عليَّ كظهر زوجتي الأخرى؛ وهي حائض، فإنه يصدق عليه الحد الذي قاله المصنف، وإنه ليس بظهار.

(ص): (**فيَصِحُّ ظِهَار السيِّد في الأمَة، لا مالك جُزْء منها، ولا المُعْتَقة إلى أجل؛ فيصحُّ ظهار المُدَبَّرة، وأُمِّ الوَلَد، والرَّجْعِيَّة، والصغيرة، والحائض، والمُحْرَمَة، والكافرة....**[2])

(ش): لما ذكر رسم المُظاهر، ذكر هذه الجملة بيانًا له، ولذلك أتى بالفاء المشعرة

=

وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكِ"، قَالَ: وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعًا قَالَ أَبُو دَاوُد فِي هَذَا: إِنَّهَا كَفَّرَتْ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَسْتَأْمِرَهُ.

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٧.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٨، و٣٠٩.

بالسببية؛ أي: فلأجل أن الظِّهار تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم، صحَّ الظِّهار من الأمَة؛ لأنها ممَّن يجوز وطؤها، وهذا مذهبنا. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يصحُّ الظِّهار من الأمَة، ومنشأ الخلاف، هل تدخل في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢]، ولا شكَّ أنها من النساء لغة؛ لكن العرف يخصص هذا اللفظ بالزوجات.

وقوله: (لا مَالِك جُزْءٍ منها ولا المُعْتَقة إلى أجلٍ)؛ لأن وطأهما غير جائز وتشاركهما المكاتبة، وصحَّ الظهار من المدبَّرة وأُمّ الولد؛ لأن وطأهما جائز.

وقوله: (والرَّجْعِيَّة)؛ لأنها وإن كانت محرمة، فالتحريم لعارض رفعه بيده، ولو قيل: إن ظهاره منها قرينة في الارتجاع، ما بعد، كما قالوا في إسلام المجوسي على أكثر من أربع.

وقوله: (والصغيرة، والحائض، والمحرمة) نحوه في "المدونة[1]". وقال: (والكافرة) ولم يقل: الكتابية، كابن شاس؛ ليشمل المجوسية إذا أسلم زَوْجها المجوسي، ثم ظاهر منها بقرب إسلامه ثم أسلمت، فإن ذلك يلزمه، قاله في "المدونة".

وقال أشهب: لا يلزمه، وعلَّله ابن يونس بأنها حينئذٍ غير زوجة.

صاحب " المقدمات": وهو غير صحيح؛ لأنها لو كانت غير زَوْجة، لم ترجع إليه إلا بنكاح جديد، بل هي في ذلك الوقت زَوْجة، إلا أن لها أن تختار فراقه باختيار دِينها، وليس ذلك ممَّا يمنع وقوع الظِّهار عليها، فإن الرجل لو قال: إن تزوَّجت عليك فأمرك بيدك ثلاثًا، فتزوَّج عليها ثم ظاهر منها، فإن الظاهر يلزمه، وهل خلاف؟

أشهب: إنما هو إذا عرض عليها الإسلام فأبت، ثم أسلمت بالقرب، فيتفق على أنه مظاهر، أو الخلاف فيهما طريقان.

(ص): (**وفي المُكَاتَبَة لو عَجَزَتْ قولان**)

(ش): يعني: واختلف في صحَّة الظِّهار من المكاتبة، في حال كتابتها ثم عجزت على قولَيْن، والقول بأنه: لا يصح؛ لسحنون، وعزي لابن القاسم، ورأى في القول الآخر اللزوم؛ لأنها قبل الكتابة مباحة له، وإنما مُنع من وطئها قبل العجز لأجل الشك، فيستصحب حال الملك إذا انكشف أمرها بالعجز، ومنشأ الخلاف؛ هل رجوع المكاتبة

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٧.

إلى سيِّدها بالعجز كابتداء ملك أم لا؟

ومفهوم قوله: (لو عَجَزَتْ)، أنها لو لم تعجز، لم يلزمه الظهار، إلا أن ينوي إن تزوَّجَها، فيلزمه كما يلزمه في الأجنبية، إذا علق ذلك على زواجها، وقال اللخمي وغيره: هذا هو المعروف.

وقال بعض أصحابنا: إذا ظاهر من مُعْتقة إلى أجل، أو أَمَة له فيها شرك، أو مكاتبة فتزوَّجهنّ بعد العتق، أن ذلك الظِّهار يلزمه، ولا يطأ حتى يكفّر.

ابن يونس: وهو عندي غلط؛ لأن الله عز وجل إنما أَلْزَم الظهار فيمن يحل وطؤها، وتصح فيه العودة؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣].

قيل: والفرق على المشهور بين من ظاهر من مكاتبته، ثم عجزت بقرب ظهاره، أنه لا شيء عليه، وبين المجوسي يُسْلم على زوجته فظاهر منها، ثم تَسلم بالقرب، أن الظِّهار يلزمه. والفرق أن المجوسية لم تخرج من عصمته بعد، والمكاتبة كالأجنبية، وإن كانت قد تعجز، والأجنبية قد لا تتزوَّجه، فلا يلزمه فيها الظهار المُتقدِّم.

(ص): **(وجُزؤُهَا مثل كلِّها كالطلاق)**

(**ش**): أي: وجزء المظاهر منها مثل كلها في لزوم الظهار، فإذا قال: يدك عليَّ كظهر أُمِّي؛ لزمه الظهار.

وقوله: (**كالطلاق**) يحتمل معنيَيْن:

أحدهما: الاحتجاج على الشافعي؛ لأنه وافق على التَّطلِيق بالجزء، وخالف هنا أحد قوليْه.

وثانيهما: الإشارة إلى أنه ليس كل جزء يلزم به الظهار، بل هو **كالطلاق**، فيتّفق على الظِّهار إن شبَّه بيدها أو رِجْلها، ويُختلف في الشَّعر والكلام كما تقدَّم، وهكذا في "المقدمات" أنه يختلف في الشِّعر والكلام هنا كالطلاق، وهذا هو الأقرب؛ لأن المصنف لم يذكر مذهب الشافعي، ولأنه ليس من عادته الاحتجاج على المخالف، وليس هو مطلوبًا منه، وإنما المطلوب منه معرفة الحُكم، والله أعلم.

(ص): **(وشرط المظاهر: أن يكون مُسْلمًا، بالغًا، عاقلا، ويَصِحُّ ظِهَار العبد....**[1])

(**ش**): ذُكر للمظاهر ثلاثة شروط، وقوله: (مسلمًا) صفة لمحذوف تقديره: أن

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.

يكون زوجًا مسلمًا أو سيِّدًا، واحترز من الذِّمِّي، فإنه لا يصح ظهاره هنا عندنا وإن أسلم، وحكى عن المغيرة أنه يلزم الذمي نذره وطلاقه في حال الكفر؛ أعني: إذا أَسْلَم فخرج على قوله لزوم الظهار، واحترز بالعاقل من المجنون، وبالغ من الصغير، والمشهور أن المراهق لا يلحق بالبالغ.

وعن ابن كنانة: إن حلف قبل البلوغ ثم حنث بعده، أنه تلزمه الكفَّارة، فأخذ منه بعضهم لزوم الظهار للصغير، إذا تأخَّر النَّظر له حتى بلغ، وعن أشهب مثله.

وتأول بعضهم قول ابن كنانة أنه في المراهق، وأخذ من قوله: (وشرط المظاهر أن يكون مسلمًا..... إلخ)، أن المرأة لو ظاهرت من زَوْجِها، تلزمها الكفَّارة، وهو صحيح، وقد نصَّ في "المدونة[1] " على ذلك ابن المواز، ولو كان ملَّكها الطلاق.

وقوله: (ويصح ظهار العبد) لتوفر الشروط فيه.

اللخمي: ويصح منه الطلاق ولو كان ممنوعًا من المال، كالسفيه والعبد، ولا خلاف في ذلك.

(ص): (وظهار السَّكْرَان كطلاقه)

(ش): أي: فيلزمه على المشهور، وقد تقدَّم الكلام على حُكمه في الطلاق.

(ص): (ويصحُّ ظِهَار العاجز عن الوَطْء لمانعٍ فيه أو فيها؛ كالمَجْبُوب والرَّتْقاء، وقال سحنون: لا يصح....)

(ش): القول الذي قدَّمه المصنف في الرتقاء هو مذهب "المدونة[2]"، وأما المجبوب وفي معناه: الخصي، والمعترض، والشيخ الفاني، فما قدَّمه المصنف فيه هو مذهب العراقيين، وبالثاني قال أصبغ.

ابن عبد السلام: واختلف الشيوخ فيما تدل عليه "المدونة[3]"، وفهم اللخمي "المدونة" على الثاني، فإنه لما نقل عن سحنون وعلي بن زياد عدم صحة ظهار من ذكر، قال: وهذا قول مالك في "المدونة"؛ لقوله: لأن القُبْلة لا تدعو إلى خير. وخرج على هذا الاختلاف إذا قال: قُبْلَتُكِ عليَّ أو مضاجعتك عليَّ كظهر أُمِّي، هل يلزمه الظهار أم لا؟

عياض: وما تأوَّله اللخمي خلاف المعروف من المذهب، فإن المقدر من مذهب

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٨.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٩.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٢٩٩.

مالك عند أئمَّتنا البغداديين وغيرهم، أن جميع أنواع الاستمتاع مُحرم عليه، قاله محمد، والأبهري، وابن نصر، وغيرهم.

وحكى الباجي أنه اختُلف في تأويل منعه ذلك في الكتب وغيره على وجهيْن:

الأول للقاضي أبي محمد: أنه محمول على الوجوب.

والثاني لعبد الملك في "المبسوط": أنه محمول على الكراهة؛ للتغرير للجِماع الذي لا يحل. لكن ما خرَّجه اللخمي قول صحيح في المذهب، وعليه يأتي قول علي بن زياد وسحنون في المجبوب، والمعترض، والشيخ الفاني: أنه لا يلزمهم الظهار. انتهى.

وما قاله اللخمي هو متمسك من تأوَّل "المدونة[1]" على الموافقة لسحنون، وتمسك الآخرون بإلزامه الظهار من الصغيرة، ولم يفصل بين من بلغت حدّ الاستمتاع وغيرها، وبإلزامه الظهار من الرَّتْقاء.

(ص): (**وعليهما خلاف الاسْتِمْتَاع....**[2])

(ش): أي: وعلى المشهور. وقول سحنون: يجري على الخلاف؛ هل يجوز الاستمتاع بالمُظاهر منها فيما عَدَا الفَرْج؟ فعلى صحة الظهار من المجبوب والرتقاء، يُمنع الاستمتاع، ففرع على الخلاف المُتقدّم الذي ذكره الباجي العكس؛ لأنه لمَّا حكى عن سحنون أن الظهار لا يلزم الخصي، والعِنِّين، والمجبوب، والشيخ الفاني، قال: عندي مبني على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء.

وقد اختلف أصحابنا في ذلك، فإن قلنا: أن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء، وهو ممكن من جميعهم، وجبَ أن يلزمهم الظهار. وإن قلنا: أنه ليس بحرام لنفسه، وإنما هو ممنوع؛ لئلا يكون داعية إلى الجماع، فإنه لا يصح الظهار من المجبوب، ولا الخصي، ولا العنِّين؛ لأن الجماع لا يتأتَّى منهم، ونحوه لصاحب "المقدمات".

وكلام المصنف يقتضي أنه على قول سحنون يجوز الاستمتاع بالمُظاهر منها من غير كراهة، والذي في "البيان"، و"المقدمات": اختُلف في قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، فجعله أكثر أهل العلم على عمومه أنه لا يطأ، ولا يُقبِّل، ولا

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٠.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٠٩/١.

يُباشر، وهو مذهب مالك.

وقال الحسن، وعطاء، والزهري: المراد: الوطء خاصة، فللمُظاهر أن يُقبِّل، ويُباشر، ويطأ في غير الفرج. واختلف الذين حملوا الآية على عمومها، إن قَبَّل وبَاشَر في خلال الكفَّارة، فقال أصبغ وسحنون: يستغفر الله ولا شيء عليه. وقال مطرف: يبتدئ الكفَّارة.

والامتناع على قول مطرف في مقدمات الوطء واجب، وعلى قول أصبغ وسحنون مُستحبّ، والظاهر من قول مالك التحريم، كقول مطرف؛ لأنه قال: يجب على المرأة أن تمنعه نفسها، وإن رفعته إلى الإمام حال بيْنه وبينها. وقال عبد الملك: له أن يُقبِّل، ويُباشر، وينظر إلى الشَّعر والصدر والمحاسن؛ نقله ابن راشد.

(ص): **(وعلى المشهور: يجوز أن يكون المُظاهر معها، إن أُمِنَ عليها)**

(ش): أي: وعلى المشهور من عدم جواز الاستمتاع بالمُظاهر منها، وصحة ظهار الخصي ونحوه، يجوز أن يكون المظاهر معها، قال في "المدونة[1]": ويجوز أن يكون معها في بيت، ويدخل عليها بلا إذن إذا كان تُؤمن ناحيته، فتجوز المساكنة معها، وزاد في "العتبية": الخدمة بشرط الاستتار.

قال في "المدونة[2]": ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها، حتى يكفِّر، وجائز أن ينظر إلى وجهها. وفي "الجلاب": ولا بأس أن ينظر إلى الرأس، والوَجْه، والقدميْن، وسائر الأطراف. قال مالك في "العتبية": له النَّظر إلى شَعْرها.

وأشار عياض إلى أن إجازة النظر مشروطة، بأن لا يقصد بذلك اللَّذة، وأما إن قصدها به فهو ممنوع كالمباشرة، قال: وعلى هذا فتكون القُبْلَة وما في معناها ممنوعة على الإطلاق، والنظر ممنوع إذا قصد به اللَّذة، قال: ولو أخذ من "المدونة[3]" قولا آخر، أنه يجوز النظر إلى شَعْرها وصدرها، من إجازته أن يدخل عليها بغير إذن، ما بَعُد؛ لأن دخوله عليها بغير إذن سبب إلى أن ينظر منها ذلك.

وقوله: (على المشهور)؛ أي: وأما على مقابله فهو أَوْلَى، وإنما احتاج إلى التفريع على المشهور؛ لأنه قد يتوهَّم منه منع الدخول عليها. فإن قلت: فما الفرق بين المُظاهر منها، فإنكم أجزتم الدخول عليها والنظر إليها، وبين الرجعيَّة. فإن الذي رجع إليه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠١. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٢.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٢.

مالك، أنه لا يدخل عليها وكل منهما محرم وطؤه، قيل: لأن الرجعية منحلَّة العصمة، مختلة النكاح، بخلاف المُظاهر منها، فإنها ثابتة العصمة صحيحة النكاح. والله أعلم.

(ص): (**ويجبُ عليها أنْ تمنعه حتى يُكَفِّرَ، فإن خافت رفعت أمْرها إلى الحاكم.....**[١])

(ش): قال في "المدونة[٢]": ويجب عليها أن تمنعه من نفسها، فإن خشيت منه على نفسها، رفعت ذلك إلى الإمام، فيمنعه من وطئها، ويؤدبه إن أراد ذلك.

وقد تقدم قوله في "البيان": إن ظاهر هذا يقتضي تحريم الاستمتاع، وأن الإمام يحول بينه وبينها، فقول المُصنِّف: (ويجب عليها أنْ تمنعه)؛ أي: من الوطء ومقدماته، لا من الوطء فقط.

(ص): (**وفي تَنجِيزه فيما يُنجز فيه الطلاق - مثل بعد سنة - قولان....**[٣])

(ش): اعلم أن المُصنِّف أشار إلى المسألتين، الأولى: إذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي بعد سنة، أو بعد شهر، أو نحو ذلك. فهل يتنجز الظهار عليه من الآن كالطلاق وهو المشهور، أو لا؟

والفرق على هذا القول بين الطلاق والظهار: أن الظهار يرتفع بالكفارة، فلم يشبه نكاح المتعة بخلاف الطلاق، وظاهر كلامه أن الشاذ منصوص، وبذلك صرح في "الجواهر".

وقال ابن عبد السلام: هو مخرج من الشاذ في الثانية، وهو إذا قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي، مثلا ولم يعد حتى انقضت السنة، فهل يتأبد الظهار عليه حتى يكفر، وهو المشهور، بمنزلة ما لو قال لها: أنت طالق سنة، أو لا يتأبد عليه، وينقطع عنه الظهار بمضي السنة، وهو قول مالك في كتاب ابن شعبان؟

ولو قال المُصنِّف: (وفي تنجيزه فيما ينجز فيه الطلاق، وتعميمه فيما يتعمم فيه الطلاق قولان) لكان أحسن؛ لأن قوله: (في تنجيزه) إنما يتناول الصورة الأولى فقط، ولعل المُصنِّف لما رأى أن الصورتين يشتركان في المعنى، وهو أن الظهار هل يتغير بزمان أم لا؟ اكتفى بالتمثيل.

(ص): (**ولو قال: إنْ لم أتزوج عليك فإنما يلزم عند الإيَاسِ أو العزيمة....**[٤])

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٣.
(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.
(٤) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.

(ش): يعني: إذا قال: إن لم أتزوج عليك فأنت عليَّ كظهر أمي، فلا يكون مظاهرًا إلا بالإياس، أو العزيمة، على ترك التزويج، وزاد ابن شاس إلا أن ينوي مدة معينة، فيحنث بمضيها، ولم يتعرض المُصنِّف لكونه هل يمنع من الوطء؛ أي: الطلاق، أو لا؟

ونَصَّ الباجي على أن الظهار كالطلاق، وأنه يحرم عليه الوطء، إذا كانت يمينه على حنث، ويدخل عليه الإيلاء، ويضرب له الأجل من يوم الرفع، والإياس يتحقق عليه إذا مات المحلوف عليها المعينة.

وهل يتحقق بعلو سنه إذا كانت المرأة غير معينة؟ فيه نظر.

وقوله: (أو العزيمة) ابن رشد: جعل العزم على الترك كالترك، ومن هنا أفتى شيخنا القرافي بالحنث في من قال لامرأته: إن لم أدخل الدار، فأنتِ طالق، ثم عزم على ترك الدخول، وقول ابن عبد السلام: إن ظاهر كلام المُصنِّف أنه لا يمنع من الوطء ليس بظاهر؛ لأن كلام المُصنِّف ليس فيه تعرض لجواز ولا لعدمه.

(ص): (**وإذا عَلَّقَهُ لم يَصِحَّ تقديم الكفَّارة قبل لُزُومه...**[1]) (ش): يعني: إذا علق الظهار بأن قال: إن كلمتُ فلانًا، فأنتِ عليَّ كظهر أمي، لم يصح له أن يكفر قبل أن يكلم فلانًا؛ لأن الظهار إلى الآن لم ينعقد عليه، ولهذا لا يصح أن يتخرج في هذه المسألة الخلاف الذي في كفارة اليمين قبل الحنث؛ لأن اليمين هناك انعقدت، ولأن كفارة الظهار مشروطة بالعودة، والعودة مشروطة بتقديم الظهار، قال في "الجواهر": ولو قال: إن دخلت الدار، فأنتِ كظهر أمي، ثم أعتق عن الظهار قبل الدخول لم يجزه، كما لو قال: إن دخلت الدار، فوالله لا أكلمك، ثم أعتق قبله لم يجزه.

(ص): (**وإذا كَرَّرَهُ لم يتعدد، ولو قصد ظهارات ما لم ينو كفارات، كاليمين بالله، إلا أن يُعَلِّقَه بأشياء مختلفة بخلاف الطلاق في التكرير، وإن عَلَّقه بمُتَّحد**)

(ش): يعني: إذا كرر الظهار، فقال: أنتِ عليَّ كظهر أمي، أنتِ عليَّ كظهر أمي، أنتِ عليَّ كظهر أمي، لم يتعدد الظهار، ولو قصد ظهارات، إلا أن ينوي كفارات، وقوله: (كاليمين بالله) يستفاد منه أن المسألة على ثلاثة أقسام: إن قصد التأكيد، أو لم يقصد شيئًا، فليس عليه إلا كفارة واحدة باتفاق، وإن قصد كفارات لزمه ذلك باتفاق، وإن قصد ظهارات، ولم ينوِ كفارات، فنَصَّ هنا على عدم التعدد، وقد تقدم له في

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.

الأيمان قولان في اليمين بالله، ولا فرق بينهما، ثم إذا قصد كفارات، فقال الشيخ أبو محمد: لا يطأ حتى يكفر ما نوى من الكفارات، وقال القابسي، وأبو عمران: إن كفر واحدة، جاز له الوطء، والباقي إنما هو كطعام نذره.

قالا: وإن مات فأوصى بهذه الكفارات، وضاق الثلث، قدمت كفارة واحدة على كفارة اليمين بالله، وتقدم كفارة اليمين بالله على ما بقي؛ لأنه نذر.

ابن يونس: وقول القابسي هو الصواب؛ لأن الله تعالى إنما ألزم المظاهر كفارة واحدة قبل المماسة، والزائد على ذلك التزمه المكلف، فلا يغير ما قدره الشرع.

ابن عبد السلام: وقد يقال: إن المكلف التزم ما بقي من الكفارة قبل المماسة، فيلزمه ما التزمه، ألا ترى أنه لو صرح، فقال له: عليَّ أن أعتق رقبتين قبل أن أطأ، لما جاز له الوطء إلا بعد عتقهما، فلعل هذا هو الذي فهم الشيخ أبو محمد من مراد المظاهر، وفهم غيره النذر المعلق، فكأنه قال: إن وطئتها فعليَّ كفارتان وعلى هذا فيسئل المظاهر عن مراده، وتتفق القولان.

قال: وينبغي ألا يشترط العدد فيما زاد على كفارة واحدة على مذهب القابسي.

وقوله: (إلا أن يُعَلِّقَه بأشياء مختلفة)؛ أي: فتتكرر الكفارات بحسب ذلك، ولا ينوي كما لو قال: إن كلمت زيدًا، فأنت عليَّ كظهر أمي، وإن لبست الثوب فأنتِ عليَّ كظهر أمي، واتفق على هذا إذا حنث ثانيًا بعد أن أخرج الكفارة الأولى، وأما قبله فاختلف، فقال المخزومي، وابن الماجشون: تجزئه كفارة واحدة.

اللخمي: وظاهر "المدونة[1] " عليه لكل يمين كفارة، ومثله إذا لم يكفر عن يمينه حتى أوقع الظهار مجردًا عن اليمين، فعلى قول المخزومي تجزيه كفارة، وقال محمد: عليه كفارتان، وإن كان الأول ظهارًا مجردًا من اليمين، فعلى الأول تجزيه كفارة، وعلى قول محمد عليه كفارتان، وفرق أصبغ في الظهارين إذا كان أحدهما بيمين، والأخرى بغير يمين، فقال: إن قدم ما كان بيمين، وحنث، ثم أردف ظهارًا مجردًا، فعليه كفارة واحدة، وإن كان بالعكس، فكفارتان، وربما نوقش المُصنِّف في عبارته، فقيل: إنه يدخل في هذا الاستثناء ما لو قال لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن كلمت زيدًا، أو أكلت رغيفا، ولبست الثوب، ويلزمه ثلاث كفارات، ألا ترى أنه يصدق عليه أنه علقه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٤.

بأشياء مختلفة، مع أنه لا يلزمه عند أهل العلم إلا كفارة واحدة، ويُجاب عنه بأن هذا الاستثناء من قوله وإن كرره، والمثال المذكور لا تكرار فيه.

فرع: ولو أخذ في كفارة الظهار، قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي، فليبتدئ الآن كفارة واحدة، وتجزئه، وقيل: بل يتم الأولى، ويبتدئ في كفارة ثانية.

محمد: وهو أحب إلي إذا كان لم يبقَ من الأولى إلا اليسير، وأما إن مضى يومان، أو ثلاثة، فليتم، وتجزئه لهما جميعًا، وقال أشهب: سواء مضى أكثر الكفارة، أو أقلها، فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة عن الظهارين إذا كانا نوعًا واحدًا، مثل أن يقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي، ثم يقول: وقد أخذ في الكفارة مثل ذلك،وكذلك لو كان الأول بيمين حنث فيها، والثاني بغير يمين، قال: ولو كان الأول بغير يمين، والثاني يمين حنث فيها، فليتم الأولى، وليبتدئ كفارة ثانية للظهار الثاني.

وقوله: (بخلاف الطلاق في التكرير وإنْ عَلَّقَه بمُتَّحد)، فـ (إنْ) من قوله بمعنى (أو)؛ لأنها للمبالغة، وقد تقدم الفرق بَيْنَ الطلاق، والظهار، واليمين بالله في باب الأيمان.

(ص): (وكذلك لو عاد، ثم ظاهر لَزِمَ.....[1])

(ش): ولأجل الفرق بين التعليق بأشياء مختلفة، فتعدد، وبَيْنَ التعليق بمتفقة، فلا تتعدد، لو ظاهر، ثم عاد، ثم ظاهر أيضًا، لزمته كفارة ثانية، ولو كان ظهاره ثانيًا بما ظاهر به أولا، كما لو قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار، وعاد ثم قال ثانيًا: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار؛ لأن الأولى لما تقدرت بشرطها، وهو العود صارت اليمين الثانية - وإن كانت بعين ما علقت به الأولى - مخالفةً للأولى، فصار ذلك بمنزلة ما لو قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن كلمت زيدًا، وأنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار.

(ص): (ولو ظاهر بكلمةٍ عن أربعٍ أجزأته كفارة؛ مثل: أَنْتُنَّ كظهر أمي أو إنْ تَزَوَّجْتُكُنَّ - بخلاف مَنْ دخلت - فهي كظهر أمي....[2])

(ش): يعني: لو قال لزوجاته الأربع: أنتن عليَّ كظهر أمي، أو قال لهم قبل أن يتزوجهن: إن تزوجتكن، فأنتن عليَّ كظهر أمي، لزمه الظهار في الأولى حين التكلم،

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٠٩.

وفي الثانية بشرطه، وتجزئه كفارة واحدة في الصورتين؛ لأن اليمين واحدة، وذكر ابن خويز منداد أن عليه لكل واحدة كفارة، كالطلاق، إذا قال: أنتن طوالق.

قال في "المدونة[١]": ومن قال لأربع نسوة: إن تزوجتكن، فأنتن عليَّ كظهر أمي، فتزوج واحدة لزمه الظهار، ولا يقربها حتى يكفر، فإن كفر، وتزوج البواقي، فلا شيء عليه فيهن، وإن لم يكفر، ولم يطأ الأولى حتى ماتت، أو فارقها، سقطت عنه الكفارة، ثم إن تزوج البواقي، لم يطأ واحدة منهن حتى يكفر؛ لأنه لم يحنث في يمينه بعد، وإنما يحنث بالوطء، ولو وطئ الأولى، ثم ماتت، أو طلقها، أو لم يطلقها، لزمته الكفارة، فإن تزوج البواقي، فلا يقرب واحدة منهن حتى يكفر.

وما ذكره في "المدونة[٢]" من أنه إذا تزوج واحدة يحنث، هو جارٍ على أصل المشهور في التحنيث بالبعض، ويتخرج فيها قولا آخر: أنه لا يحنث إلا بالجمع، بناء على القول بأنه لا يحنث إلا بجميع المحلوف عليه.

وقوله: (بخلاف مَنْ دخلت)؛ أي: فيلزمه لكل امرأة كفارة؛ لأنه علق عنها الظهار على كل واحدة بانفرادها؛ لأن (مَنْ) من ألفاظ العموم، وكـ (مَنْ) في لزوم الكفارة لكل واحدة (أيتكن) قاله في "المدونة[٣]".

الباجي: وأما إن قال: كل من دخلت الدار فهي عليَّ كظهر أمي، فظاهر المذهب أنه بمنزلة: من دخلت منكن الدار فهي عليَّ كظهر أمي، رواه ابن المواز في "العتبية" من رواية ابن القاسم: تجزئه كفارة واحدة، فيحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة مخالف لمن تزوجت منكن، وأنه بمنزلة قوله: (إنْ تزوجتكن)؛ ويحتمل أن يريد الباب كله واحد، لا يجب في ذلك إلا كفارة واحدة، وما قدمنا أولى. انتهى.

وقد يقال: بل الثاني أقرب؛ لأن لفظه (كل) للعموم، و(من) دونها للعموم، فإذا تعددت الكفارة مع (من) وحدها، فأحرى مع (كل)، لا سيما، وقد دخلت على (من)، وقد يقال: بل اقتضاء (من) التعدد، أولى من (كل)؛ لأن (من) إنما كانت من ألفاظ العموم، لإبهامها، واشتمالها على الآحاد بغير تخصيص؛ لا أن مقتضى صيغتها كـ (كل)، فإنها بوضعها للاستغراق، فكانت كاليمين على شيء واحد، ولهذا كان المشهور فيها إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي عليَّ كظهر أمي، أنه لا تلزمه إلا كفارة واحدة،

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٤. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٥.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٦.

خلافًا لابن نافع، قال: وتتعدد أيضًا إذا قال: كل امرأة أتزوجها عليكِ، وقاله مالك في "المختصر".

السيوري: وهو الصواب.

ولو قال: من أتزوج من النساء فهي عليَّ كظهر أمي، عليه كفارة واحدة، وانظر هل يتخرج على ما قاله اللخمي، فيما إذا قال: من دخلت منكن، قول بإجزاء كفارة واحدة.

قال في "الاستلحاق": وانظر لو قال: من تزوجت فهي علي كظهر أمي، ولم يقل من النساء، هل تجزئه واحدة؟

تنبيه:

وقع في كلام ابن يونس أن (من) في قوله: (من تزوجت منكن)، أو (من تزوجت من النساء) للتبعيض.

عياض، وغيره: وليس كذلك، بل لبيان الجنس، بدليل لو قال: (كل من تزوجت فهي عليَّ كظهر أمي)، لكان كذلك، وإن لم يقل: من النساء.

فرع:

إذا قال لزوجاته: إن دخلتن الدار فأنتن عليَّ كظهر أمي، فدخلت واحدة، فذكر الباجي[1] عن المذهب أنه مظاهر من الجميع، وهو جارٍ على أصل المذهب في الحنث بالبعض، ونقل اللخمي عن ابن القاسم أنه لا شيء عليه حتى يدخلن جميعهن، وعن أشهب أنه يحنث فيمن دخلت خاصة، ولا شيء عليه في غيرها.

خليل: ولعله خرج ذلك على مسألة العتق الأول من "المدونة[2]"، إذ قال لأمتيه: إن دخلتما هذه الدار، فأنتما حرتان، فدخلتها واحدة، فإن فيها هذه الثلاثة الأقوال، ومذهب ابن القاسم أنهما لا يعتقان حتى يدخلا معًا، وانظر لم خالف أصله في التحنيث بالبعض.

(ص): **(وألفاظه: صريحٌ، وكنايةٌ ظاهرةٌ وخفيةٌ، فالصريح: ما فيه ظَهْرٌ مؤبدة التحريم؛ مثل: كظهر أمي، أو عمتي....[3])**

---

(١) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد الباجي، الأندلسي، كان فقيها محدثا، صنف المنتقى في شرح الموطأ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ٢٧١/١١.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٦.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ٣٠٩/١، ٣١٠.

(ش): كلامه ظاهر التصور، وتقسيمه هنا كتقسيمه في الطلاق، إلا أنه هنا مثل للخفية باسقني الماء، ولم يجعل ذلك من كناية الطلاق، وقوله: (فالصَّريح: ما فيه ظهرٌ مؤبدة التحريم) لا خلاف فيه، والمشهور قصر الصريح على ما ذكره، وعن ابن الماجشون: التشبيه بالمحارم صريح سواء سمى الظهر أم لا، ونقل عنه أيضًا أن التشبيه بالمحرمة كيفما كان صريح، وأنه لا كناية عنده.

ابن عبد السلام: وقول المُصنِّف: (ما فيه ظهر مؤبدة التحريم) أحسن من قول غيره: (ذات محرم) لشمول كلام المُصنِّف المحرمة بالرضاع والصهر.

خليل: وفيه نظر، فإن المحرم بسبب الرضاع أو الصهر، يطلق عليه في الاصطلاح محرمًا، وقد صرح في "المدونة[1] " بذلك، فقال: فمن ظاهر من شيء من ذوات المحارم من نسب أو رضاع، فهو ظهار، نعم كلام المُصنِّف أعم من وجه آخر؛ لأنه يتناول الملاعنة، وليست محرمة؛ إذ المحرم من حرم نكاحها لحرمتها على التأبيد، فقولنا: (لحرمتها) احتراز من الملاعنة؛ لأن تحريمها ليس لحرمتها، بل لعارض. وقولنا: (على التأبيد) احترازا من أخت الزوجة، وعمتها، وخالتها. ومن رأى أن الوطء الشبهة لا يحرم، كالشافعي يزيد في الحد بسبب مباح؛ لأن وطء الشبهة لا يوصف بالإباحة.

(ص): **(وفي تَنْوِيَتِهِ ثالثها: يُنَوَّى في الطلاق الثلاث)**

(ش): لو ادعى في صريح الظهار أنه لم يرد الظهار، وإنما أراد الطلاق، فهل يقبل منه الطلاق، أم لا؟

المازري: والمشهور أنه لا يقبل، ويكون ظهارًا، رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك، زاد ابن المواز: ولا يلزمه الطلاق، ولو نوى: إنك بما أقول طالق، والقول بأنه ينوي في الطلاق سواء قصد الثلاث، أو دونها لعيسى وسحنون، والقول الثالث: أنه ينوي إن قصد الطلاق الثلاث، ولا ينوي إن قصد دونها، لابن القاسم، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا كان المتكلم عالمًا بموجب الظهار، وقصد الطلاق، وأما إن قصد الطلاق، وهو يجهل حكم الظهار، ويرى أنه طلاق فهو مظاهر، وفي مثله نزل القرآن؛ لأن الظهار كان عندهم طلاقًا، فأنزل الله فيه الكفارة.

تنبيه:

والمراد بعدم تصديقه في إرادة الطلاق على القول الأول إذا جاء مستفتيًا، وكذلك

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧.

قال أشهب، وهو أحد قولي ابن القاسم، ومذهب "المدونة[١] " في تأويل الأبهري، رَوَىَ عيسى وابن سحنون أنه يصدق، وهومذهب "المدونة" على تأويل ابن رشد، وأما إن حضرته البينة، فإنه يؤخذ بالظهار والطلاق معًا، أما الظهار فباللفظ، وأما الطلاق فلنيته.

وإن نوى الثلاث لزمه ذلك، ثم إذا تزوجها لا تحل له إلا بعد الكفارة، هكذا أشار إليه سحنون، واللخمي، وغيرهما، ونَصَّ عليه صاحب " المقدمات"، وشبه ذلك اللخمي بما قاله ابن القاسم في مسألة ناصح ومرزوق من عتقهما معًا إذا قامت عليه البينة، فإن قيل فيما زاده ابن المواز من عدم لزوم الطلاق، ولو نوى: أنك بما أقول طالق، نظر؛ لأن قاعدة المذهب كما تقدم أن كل كلام ينوى به الطلاق، أو الإيلاء اللزوم على المعروف، فجوابه أنه منع هنا من ذلك كونه تعالى أنزل الكفارة فيمن قصد بالظهار الطلاق.

(ص): (**والكناية الظاهرة: سُقُوطُ أحدهما مثل: كأُمي، أو ظهر فُلانَةَ الأجنبية**)

(**ش**): الضمير في (أحدهما) عائد الظهر ومؤبدة التحريم، ولهذا قال: (كأُمي، أو ظهر فُلانَة الأجنبية)؛ ليذكر مثال كل نوع من الكناية الظاهرة، ونَصَّ في "الجواهر " أنه يلحق بقوله: (كأُمي) في كونه كناية ظاهرة، كما لو قال: أنت كفخذ أمي، أو رأسها، أو عضو من أعضائها.

سحنون، وابن العطار: وإن قال لزوجته: إن فعلت كذا، فأنتِ كظهر فُلانة الأجنبية، فتزوج الأجنبية، ثم فعل المحلوف عليه، فلا شيء عليه؛ لأنها صارت حلالا حين الحنث.

قال في "البيان": ويلزم على قياسه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنتِ عليَّ كظهر فلانة، لامرأة له أخرى، ثم طلق فلانة طلاقًا بائنًا، ثم دخل الدار، أنه يلزمه الظهار، وقال اللخمي: واختلف هل يراعى يوم اليمين، أو يوم الحنث، ومراعاة اليمين أحسن؛ لأنه المقصود للحالف، إلا أن يلاحظ كونه يمينه على بر، هذا معنى كلامه، ولهذا اختاره في "البيان"، قال: وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم، في قول القائل: إن كلمت فلانًا فكل عبد في ملكي حر، أن اليمين إنما تلزمه فيمن كان عنده حين اليمين.

(ص): (**وَيُنْوَى في الطَّلاق**)

(**ش**): أي: ينوى في الكناية الظاهرة بنوعيها، ويصدق فيما قصده منه، أما النوع

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧.

الأول؛ أعني: إذا شبه بذوات المحارم، ولم يذكر الظهر، فتنويته في الطلاق هو المشهور، وقال ابن الماجشون: هو ظاهر، ولا يصدق في دعوى الطلاق، وَرَوَى أشهب: أنه طلاق، إلا أن يسمي الظهر، وقال أشهب: لا يلزمه طلاق إلا أن يريد أنها طالق إذا فرغت من اللفظ، لا طلاق بنفس اللفظ، وهو قول لا وجه له، وعلى المشهور إذا نوى الطلاق فهو البتات، ولا ينوي في دونها، إلا أن تكون غير مدخول بها، فينوي، وقال سحنون: ينوي في المدخول بها أيضا.

صاحب " المقدمات": وهو أظهر؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، فوجب أن يوقف الأمر على ما نوى.

وأما النوع الثاني: وهو إذا قال: أنتِ كظهر فلانة الأجنبية، فما قاله من أنه ظهار؛ إلا أن ينوي به الطلاق، يكون كما نوى، هو مذهب "المدونة[1]"، ففيها: وإن قال: أنتِ عليَّ كظهر فلانة، أو مثل ظهر فلانة، لجارة له أجنبية، وهي ذات زوج أم لا، فهو مظاهر، وقال غيره: هو طلاق، ولا يكون مظاهرًا، زاد ابن رشد وغيره في قول غيره: إلا أن يريد بقوله: مثل فلانة في هوانها، ينوي في ذلك، ولا يلزمه شيء، قاله غير واحد وغيره هنا هو ابن الماجشون، واختلف في محل خلافه، فقال بعضهم: إنما خلافه مع ابن القاسم؛ حيث لا نية، وأما لو نوى الظهار، فيتفق على لزوم ذلك، وذهب أكثر الشيوخ إلى أنه يخالف ابن القاسم مطلقًا، وأنه يلزم عنده الطلاق، ولو نوى الظهار، وذكر لفظ الظهر.

وصحح في "المقدمات " طريق الأكثر ابن يونس، وإذا بنينا على قول عبد الملك: أنه لا ينوي في إرادة الظهار؛ فإنه إذا قال: نويت الظهار، يؤخذ بالبتات وبالظهار، إن تزوجها بعد زوج.

(ص): **(أمَّا لو قَصَدَ مثلها في الكرامة فليس بظهار)**

(ش): هذا ظاهر في الأم؛ لأنها محل الإكرام، وأما الأجنبية؛ فينبغي أن يلزمه فيها الظهار، أو الطلاق، على القولين السابقين، اللهم إلا أن يعلم أنه مكرم لها، ومذهبنا في التشبيه بالأم أنه محمول على الظهار، إلا أن يقصد الكرامة، ومذهب الشافعي بالعكس.

فرع: قال في "المدونة[2]": لو قال: يا أمه، أو يا أخته، أو يا عمته، أو يا خالته، فلا

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧.

شيء عليه، وهو من كلام أهل السفه.

(ص): (**فَلَوْ أَسْقَطَهُمَا، وشبه بغير مُؤبدة التحريم، فالمشهور: الْبَتَاتُ، وثالثها: ظهارٌ إلا أن ينوي الطلاق ورابعها: عكسه، وخامسها: نفيهما**)

(**ش**): الضمير في (أسقطهما) عائد على الظهر، ومؤبدة التحريم، ولما كان سقوطهما أعم من التشبيه بغير مؤبدة التحريم؛ لشمول ذلك الصور التي يذكرها المُصنِّف إثر هذه، احتاج إلى أن يقول: (وشبه بغير مؤبدة التحريم، فالمشهور: الْبَتَات)؛ أي: تطلق عليه ثلاثًا.

(وثالثها)؛ أي: والقول بأنه ظهار، وإن نوى به الطلاق، وهكذا ذكره ابن شاس وغيره، والقول بأنه طلاق وإن نوى به الظهار نسبه ابن يونس لابن الماجشون، قال: ولا يكون الظهار إلا في ذوات المحارم، والقول بأنه ظهار إلا أن ينوي به الطلاق لسحنون وأشهب، والقول بعكسه حكاه اللخمي، وابن بشير، وعزاه في "الجواهر" لعبد الملك، والقول الخامس بنفي الظهار والطلاق ليس بمنصوص، بل خرجه اللخمي من قول مطرف إذا شبه بالذكور، فإنه قال: لا يكون ظهارًا، ولا طلاقًا، ورده ابن بشير وغيره بأن الذكر لما لم يكن قابلا للوطء مطلقًا أشبه الجماد، بخلاف الأجنبية، وفيه نظر، فإن عدم القبول شرعًا ليس بمقتضٍ لإلغاء هذا الكلام، فإن الأم لا تقبله بالنسبة إلى المظاهر.

تنبيه:

وقيد المشهور بإلزام البتات بما إذا لم تكن له نية، أو قامت عليه بينة، وأما إن جاء مستفتيًا، فإنه يصدق في إرادة الظهار، وإذا ألزمناه الطلاق لقيام البينة، فإنه يلزمه الظهار، وإن تزوجها لإقراره به، فإن قيل: هذه المسألة وما بعدها من أي الأقسام هي؟

فإنها ليست من صريح الظهار قطعًا، ولا من الكناية الخفية، والمُصنِّف قد أخرجها من الكناية الظاهرة، قيل هي مترددة بَيْنَ الظاهرة، والخفية، فلذلك ذكرها بينهما، والله أعلم.

(ص): (**ولو شَبَّه بظهر ذكر مثل: كظهر أبي، أو غلامي، فقال ابن القاسم: ظهارٌ، وقال ابن حبيبٍ: ليس بظهار، ولا طلاق**)

(**ش**): رأى ابن القاسم أنه لما شبه بمن يحرم وطؤه، كان كما لو شبه بابنته، وبه قال أصبغ، وَرَوَى ابن حبيب أنه لا يكون ظهارًا؛ لأنه غير ما نزل به القرآن، ولا طلاقًا؛ لأنه لم ينوِه، وهو قول مطرف، وقيل: هو طلاق، وكهذه المسألة لو قال: كظهر الدابة،

فإنه يلزمه الظهار عند ابن القاسم، ولا يلزمه على قول مطرف.

(ص): (**فلو قال: كابني، أو غلامي، فقال ابن القاسم تحريم**)

(ش): لا إشكال على قول ابن حبيب: أنه لا يلزمه شيء، وإنما لم يلزمه عند ابن القاسم في هذه بخلاف التي قبلها؛ لأنه رأى أن ذكر الظهر قرينة في إرادة الظهار، وقوله: (**تحريم**) نحوه في "الجواهر"، وهو يقتضي الثلاث.

(ص): (**ولو قال أنت حرامٌ كظهر أُمي، أو كأمي؛ فعلى ما نوى منهما، أو من أحدهما، فإن لم يكن له نيَّة، فظهار، وقال عبد الوهاب: طلاق**)

(ش): الضمير في (منهما) يدل على الظهار والطلاق؛ أي إن نوى بذلك الظهار والطلاق، لزماه.

قال في "الجواهر": هذا إذا قدم الظهار في نيته، فإن نوى أحدهما لزمه ما نواه فقط، وتبع المُصنِّف هنا ابن شاس، وظاهر "المدونة[1] " خلاف ما قالاه، ففيهما: وإن قال لها: أنتِ حرام مثل أمي، فهو ظهار؛ لأنه جعل للحرام مخرجًا حين قال مثل أمي، قال غيره: لا تحرم به؛ لأن الله تعالى أنزل الكفارة في الظهار، ولا يعقل من لفظ به شيئًا سوى التحريم، ثم قال بعد ذلك: وإن قال لها: أنتِ حرام مثل أمي، أو حرام كأمي، ولا نية له، فهو مظاهر، وهذا لا اختلاف فيه. انتهى.

فمقتضاه أن الكلام الأول مع النية، وأنه يلزمه به الظهار، وإن نوى به الطلاق، ويدل عليه قوله في الثانية: إن هذا مما لا اختلاف فيه، وقوله هذا أيضًا يدل على أن قول الغير في الأولى خلاف هذا.

قال ابن عبد السلام: في معنى "المدونة[2]"، وكذلك قال غيره: لا خلاف في إلزامه الظهار، والمشهور أنه لا يلزمه، وكلام عياض قريب منه، أعني أنه يدل على أن مذهب الكتاب أنه ظهار، ولو نوى به الطلاق، فإنه قال: وإن قرن بظهاره لفظ الحرام، فقال: أنت حرام مثل أمي، ففي "المدونة" أنه ظهار، ومثله في "العتبية"، وقال مالك في "الموازية": ما لم يرد به الطلاق.

عبد الملك: في ذلك، وفي: أحرم من أمي؛ أنه ظهار، ولو نوى به الطلاق، وقال محمد: هذا إذا سمى الظهر، فإن لم يسمه، فيلزمه ما نوى، وفي "كتاب الوقار " في: حرام مثل أمي هو البتات، ويلزمه الظهار متى رجع، وفي سماع عيسى في: أحرم من

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٧.

أمي، أنه ثلاث، انتهى.

ونقل ابن الحارث عن ابن القاسم فيما إذا قال: حرام مثل أمي أنه طلاق إلا أن يوني به الظهار، قيل: المشهور في أحرم من أمي: أنه ظهار.

تنبيه:

أقام بعضهم من قوله في "المدونة[1]": كأنه جعل للحرام مخرجًا أن من قال: الأيمان تلزمه، وامرأته طالق إن فعلت كذا، ثم فعله أنه إنما تلزمه طلقة واحدة، لأنه جعل للأيمان مخرجًا حين قال: وامرأته طالق.

فرع: قال ربيعة في "المدونة[2]": وإن قال: أنت مثل كل شيء حرمه في الكتاب، فهو مظاهر، وقاله ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ، وقال ابن القاسم، وابن نافع، بل هو البتات، لأن الكتاب حرَّم الخنزير، والميتة، وغيرهما، فيكون بمنزلة ما لو قال لزوجته: أنت عليَّ كالميتة، وصرح ابن أبي زمنين وغيره بأن قول ابن القاسم مخالف لربيعة، وفي تهذيب الطالب: الذي قال ابن القاسم، وابن نافع، صواب ظاهر، ويحتمل أن يكون غير مخالف لقول ربيعة، ويكون معنى قول ربيعة: أنها تحرم عليه بالثلاث، ثم إذا تزوجها كان عليه الظهار، ويكون ربيعة إنما تكلم على الوجه المشكل، وهو الظهار.

ابن يونس بعد ذكره القولين: والصواب عندي أنه يلزمه الظهار والطلاق ثلاثًا، وكأنه قال: أنت علي كأمي وكالميتة، ومعنى ما قاله ربيعة أنه أراد ما حرم الكتاب من النساء، ولو أراد غيرهن من تحريم المطعومات وغيرها لكانت الثلاث، قال بعضهم: إن قال أنت عليَّ مثل ما حرم الكتاب، فهو الطلاق بالاتفاق، وإن قال كمثل شيء حرمه الكتاب، فثلاثة أقوال: ظهار، وبتات، والأمران جميعًا.

قال ابن شهاب في "المدونة[3]": ولو قال: كبعض من حرمه عليَّ من النساء، فهو مظاهر.

قال ابن شعبان: وكذلك لو قال: كبعض من حرم القرآن، ولو قال: إن وطئتك وطئت أمي، فلا شيء عليه.

قال ابن القاسم: وكذلك إن قال لجاريته لا أعود لمسِّك حتى أمسَّ أمي، فلا ظهار عليه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٨.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٩.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٠٩.

(ص): **(والْخفية: مثل - اسْقِنِي ماءً، فإنْ قَصَدَ به الظِّهار وقع كالطلاق)**

(ش): تصوره ظاهر، وشبه ذلك بالطلاق إشارة منه إلى إجراء الخلاف الذي تقدم فيه هناك.

(ص): **(ولا يسقط الطلاق الثلاث ظهاراً تقدمه أو صاحبه مثل: إن تزوجتك فأنت طالقٌ ثلاثاً، وأنت عليَّ كظهر أمي)**

(ش): يعني إذا ظاهر من زوجته فعاد، أو لم يعد، ثم طلقها ثلاثًا، فإن ذلك الطلاق لا يسقط الظهار ظهاره، فإن تزوجها بعد زوج لزمه ذلك، ولم يكن له أن يطأها إلا بعد الكفارة، لأن الظهار والطلاق مختلفان، وأثرهما مختلف، فلم يكن أحدهما مسقطا للآخر.

قوله: (أو صاحبه) مثاله ما ذكره المُصنِّف، إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا، وأنت علي كظهر أمي، واستغنى المُصنِّف بما ذكره عن عكسه، وهو إذا قدّم الظهار على الطلاق، فقال: أنت علي كظهر أمي، وطالق ثلاثًا، ويبين لك الاستغناء قوله في "المدونة[1] " بعد ذكر المثالين: والذي قدم الظهار في لفظه أبين، واختلف في سبب وقوعهما، فقال ابن محرز: لأن الواو لا تقتضي الترتيب، وقال اللخمي: لقرينة التعليق، فلزم جميعًا بالعقد، حتى لو قال ذلك في مجلسين، وبدأ بأيهما شاء، فإنهما يقعان بالعقد، وقول مالك: الذي قدم الظهار أبين، يريد لأن الواو ترتب عند بعضهم، فإذا قدم الظهار ارتفع النزاع.

(ص): **(وإنما يَسْقطُ مُعَلَّقاً لم يتنجز أو ظهاراً تأخر مثل: أنت طالقٌ ثلاثاً، وأنت علي كظهر أمي)**

(ش): مثاله: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت علي كظهر أمي، ثم طلقها ثلاثًا، فإذا عادت العصمة إلى زوجها بعد زوج لم يلزمه، لم يلزمه الظهار، وإذا حققت النظر لم تجد الطلاق أسقط الظهار لأنه لم يلزم ظهار، وإنما علقه في عصمة وقد زالت، وعادت بعصمة أخرى، وهذا لو كان إنما أبانها بدون الثلاث لعادت عليه اليمين ما بقي من العصمة الأولى شيء، قاله في "المدونة[2] " وغيرها، وكذلك قوله: (أو ظهارًا تأَخَّر) فإن الظهار هنا لم يلزم البتة، لأنها لما طلقها ثلاثًا لم تبق عصمته، ومثل المثال الذي ذكر

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣١١.

المُصنِّف في عدم اللزوم لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق، وأنت علي كظهر أمي، وأورد على ذلك ما إذا قال لغير المخول بها: أنت طالق طالق طالق، فإن المشهور لزوم الثلاث، وأجاب ابن أبي زيد وغيره بأن الطلاق لما كان من جنس واحد عُدَّ كأنه وقع في كلمة واحدة، ولا كذلك الطلاق والظهار، فإنه لا يمكن جمعها في كلمة واحدة.

(ص): (**ولو قال: إن شئت فأنت عليَّ كظهر أمي، فشاءت، فهو مظاهر**)

(**ش**): لأنه ظهار معلق على شرط، فكـ (إن دخلت الدار).

ابن القاسم: وذلك بيدها ما لم توقف، قال في المدونة[1]: وقال غيره هذا على اختلاف قول مالك في المملكة، هل ينقطع حقها بانقضاء المجلس أم لا؟

ابن يونس: ومذهب ابن القاسم في كل ما كان تفويضًا إليها من تمليك، أو تخيير، أو طلاق، أو ظهار، أو عتاق، أن ذلك بيدها، وإن قاما من المجلس، ما لم توقف، والغير يرى أن اختلاف قول مالك يدخل على ذلك، وفرق بعض القرويين على قول ابن القاسم، بين قوله: أنت طالق إن شئت، أو أمرك بيدك إن شئت، بأن الطلاق لا خيار فيه، سواء قال: إن شئت، أو لم يقل، فأفاد بقوله: (إنْ شئت) التفويض إليها في ذلك، وأما الذي يقول: أمرك بيدك إن شئت، فسواء ذكر: إن شئت، أو سكت عنه، قد فهم عنه أن مراده إن شاءت الطلاق، وزيادة إن شئت لا تؤثر شيئا، ووجودها وعدمها سواء، فكأن الحكم إذ ذاك يختلف.

ابن يونس: وهذا قول له وجه، لكن ظاهر قول ابن القاسم ما قدمناه، وقاله أيضا بعض القرويين.

وذكر عبد الحميد عن الشيخ أبي حفص وغيره من الشيوخ، أن كلَّ ما كان على جهة التفويض فذلك بيدها، وإن تفرقا، ولا يختلف القول في ذلك، وعن السيوري: أنه لا يختلف في: إذا شئت، أو متى شئت أنه على التفويض، وأما إن شئت فهذا قد اختلف القول فيه، وذكر ابن حبيب عن ابن القاسم في إذا شئت، ومتى شئت: أن لها ذلك بعد المجلس، ما لم توقف، أو توطأ بخلاف إن شئت.

(ص): (**ولو قال: كل امرأةٍ أتزوجها فهي عليَّ كظهر أُمي، لزمه بخلاف الطلاق؛ لأن له مخرجاً، وكفارة واحدة تُجزئه**)

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٢.

(ش): تصور المسألة واضح، وقوله: (لأنَّ له مخرجًا)؛ أي: بالكفارة، وهذا هو الفرق بَيْنَ الطلاق والظهار، فإن الطلاق لو لزم مع العموم لحصل حرج، ولا يمكن رفعه، بخلاف الظهار؛ فإن حرجه يزول بالكفارة، وقوله: (فكفارةٌ واحدةٌ تُجزئه) هو المشهور، ولمالك في "المختصر": لكل امرأة كفارة، وقاله ابن نافع، فرأى في المشهور أنها يمين واحدة، ورأى في الشاذ أن كل لما كانت من صيغ العموم أشبهت ما لو قال لأربع نسوة: من دخلت منكن الدار فهي عليَّ كظهر أمي.

(ص): **(وتجب الكفارة بالْعَوْدُ؛ والعَودُ في "الموطأ": العزم على الوطء والإمساك معًا، وفي "المدونة[(١)]": العزم على الوطء خاصةً، ورُوي: الإمساك خاصةً؛ وفيها: وإنما تجب الكفارة بالوطء، ورُوي الْعَوْدُ: الوطء نفسه)**

(ش): يعني: أن وجوب الكفارة مشروط بالعودة، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة:٣]؛ لأن دخول الفاء في خبر المبتدأ الموصول، دليل على الشرطية، كقولك: الذي يأتيني فله درهم، وإذا قلنا أنها لا تجب إلا بالعود فهل يجوز إخراجها قبلها؟

رَوَى ابن سحنون عن أبيه في المظاهر يكفر بغير نية العود، وهو يريد أن يطلقها، ويقول: إن راجعتها حلَّت لي بغير ظهار، ولا يجزئه حتى ينوي العودة.

قال: وهو قول أكثر أصحابنا.

ابن رشد: وهو المشهور المعلوم.

ونقل عبد الحق، والباجي، عن ابن عمران، أن ابن القاسم لا يراعي العودة، وإنما يراعيها ابن الماجشون، وسحنون، وأنكرت نسبة هذا القول لابن القاسم، وإنما أخذ له ذلك من قوله في "المدونة[(٢)]"، في مَنْ ظاهر من أمته، وليس له غيرها لم يجزه الصوم، وأجزاه عتقها، لأن العودة إن كانت العزم على الوطء والإمساك فهي غير ممكنة مع العتق، وأجيب باحتمال أن يكون المظاهر عزم على وطئها وإمساكها أولا، ثم سأل غيره عما يلزمه من الكفارة، فقيل له: يلزمك عتقها، ويحتمل أن يكون وطئ الأمة، فتكون الكفارة متحتمة عليه، ولأنه لا يلزم من عدم اشتراطها هنا لتعذرها، عدم اشتراطها مطلقًا، فإن قيل: هب أن الأخذ من قول ابن القاسم هذا لم يتم، لأن قول

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٣.

سحنون، أو ابنه أنه قول أكثر أصحابنا، يدل على أن الأقلين على خلاف ذلك، قيل لا دلالة في ذلك، لاحتمال أن يراد بالأقل ما نقله ابن رشد عن ابن نافع، أن الكفارة تصح مع استدامة العصمة، وإن لم ينو المصاب ولا أراده، وهو قريب من قول الشافعي أنَّ ترك الفراق بإثر الظهار هو العودة، لكن ذكر عياض أنه تأويل من على ابن نافع، وأن يحيى بن عمر تأول قوله على أنه يرى أن العودة قصد الإمساك، وحكى بعضهم عن مالك قولا مثل ما حكاه ابن رشد عن ابن نافع.

وذكر المُصنِّف في تفسير العودة أربعة أقوال؛ وكلها روايات عن مالك، وما نسبه المُصنِّف لـ " الموطأ " تبع فيه ابن شاس، وهو ظاهر، لقوله: أن يجمع على إمساكها، وإصابتها، ومنهم من فهمه على ما نقله المُصنِّف عن "المدونة[1]"، وتردد الباجي في ذلك، ورأى أن " الموطأ " محتمل لوجهين، وما نسبه المُصنِّف لـ "المدونة" هو فهم اللخمي منها، وفهمها ابن رشد، وعياض، على ما نقله المُصنِّف عن " الموطأ"، وصرحا بأنه المشهور، ولا يقال إذا كان مذهبه في "المدونة" محتمل، فلم تثبت الرواية بأن العودة العزم على الوطء خاصة، لأن نقول الرواية ثابتة، نقلها ابن الجلاب وغيره.

الباجي: وليس من شرط العزم على الإمساك الأبدية، بل لو عزم على إمساكها سنة، كان عازمًا، واستضعفت الرواية بأن العود الوطء، لأن الله تعالى اشترط في الكفارة، أن تكون قبل المماسة، واعلم أن وجوبها على مذهب "المدونة[2] " بالعزم خاصة مشروط ببقاء المرأة في عصمته، وإلا فلو عزم على وطئها، ثم طلقها، لسقطت الكفارة، وسيأتي ذلك.

وذهب داود الظاهري إلى أن العودة هو أن يعود إلى لفظ الظهار، وأعرب (ما) من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] مصدرية، ورد بأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المظاهر أن يعيد لفظ الظهار، وأيضًا فالظهار محرم، فلا يؤمر بإعادته، ورد أيضًا قول الشافعي بأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [المجادلة: ٣] يقتضي وقوع أمر في زمان متأخر عن الظهار من المظاهر، والشافعي يرى أن مجرد مضي الزمان موجب للكفارة، وعلى مذهبنا فيكون في الآية حذف مضاف؛ أي: ثم يعودون لنقيض ما قالوا، أو يكون التقدير: ثم يتداركون ما قالوا؛ لأن المتدارك للأمر عائد إليه، أو يراه بما قالوا ما

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٥.

حرموه على أنفسهم، تنزيلا للقول منزلة المقول، وما مصدرية، أو موصولة، أو نكرة موصوفة.

وقوله: (وفيها: وإنما تجب الكفَّارة بالوطء) يحتمل أن يكون أتى بذلك استشكالا؛ لأنه لما ذكر عن "المدونة[١] " أنها تجب بالعزم على الوطء، ذكر هذا كالمخالف له، والظاهر أنه هنا لا إشكال في هذا؛ لأن الوجوب هنا يطلق لمعنيين؛ الأول: وجوب متحتم، والثاني: غير متحتم؛ فالمتحتم بعد الوطء؛ لأنها تجب، سواء بقيت الزوجة في العصمة، أم لا، وغير المتحتم إذا عاد بغير الوطء، فإنما تجب بشرط بقاء العصمة، فقوله في "المدونة": وإنما تجب الكفارة بالوطء، مراده الوجوب المتحتم، والله أعلم.

(ص): (**فلو عاد بغير الوطء ثم أبانها، أو ماتت، ففي سقوطها قولان**)

(**ش**): السقوط مذهب "المدونة[٢]"، ففيها: ولو طلقها قبل أن يمسها، وقد عمل في الكفارة لم يلزمه إتمامها، وقال ابن نافع: إن أتمها أجزأه، وإن أراد العودة قبل الطلاق، والقول باللزوم إذا عاد، ثم طلقها أو ماتت لمالك وأصبغ، واختلف هل قول ابن نافع خلاف لقول المشهور، وأنه لو أتم على قول ابن القاسم لم يجزه، وإليه ذهب صاحب " تهذيب الطالب"، وصاحب " البيان"، أو هو وفاق، وإليه مال اللخمي؟

والخلاف جارٍ في الصيام وغيره، ولابن الماجشون قول ثالث بالفرق بين أن يمضي من الكفارة أقلها، أو أكثرها.

قال في "البيان": وأما إن لم يتم كفارته حتى تزوجها، فاتفق على أنه لا يبني على الصيام، واختلف هل يبني على الإطعام على أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يبني بعد انقضاء العدة، وإن تزوجها، وهو قول أشهب.

والثاني: أنه يبني، وإن لم يتزوجها، وهو قول ابن عبد الحكم وابن نافع.

والثالث: أنه لا يبني، إلا أن يتزوجها، وقول أصبغ.

والرابع: الفرق بَيْنَ أن يمضي منه أكثره أو أقله، وهو قول ابن الماجشون.

تنبيه:

ما ذكرناه من أن مذهب "المدونة[٣] " السقوط، إنما هو في الطلاق البائن، أو في الرجعي، وانقضت العدة، وأما لو تم عدة الطلاق، فإنه يجزئه باتفاق، قاله في "تهذيب

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٥.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٦.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٧.

الطالب"، قال في "البيان": وقيل ذلك إن نوى ارتجاعها، وعزم على الوطء؛ لأن الكفارة لا تصح إلا بعد العودة، وإن لم ينوِ فيكون كالطلاق البائن، واختلف إذا أراد أن يبتدئ الكفارة وهي في عدة الطلاق الرجعي، فلمالك في "الموازية": يرتجع، ثم يكفر، وقال أشهب: إن كفر قبل أن يرتجع، وقيل: إن تبين منه، فذلك جائز، وقال ابن المعذل: لا تجزئه الكفارة قبل أن يرتجع؛ لأن الكفارة إنما هي بعد أن يعود إلى الإمساك، وهي في العدة بائنة.

(ص): **(أما لو وَطِئ لم تَسْقُطْ)**

(ش): لأنها وجبت وجوبًا متحتمًا كما تقدم.

(ص): **(ولذلك لو ظاهر، ثم وَطِيءَ ولو ناسيًا، ثم أبانها، ثم كَفَّرَ أجزأ اتفاقًا، ولو ظاهر ثم أبانها، ثم كَفَّرَ، ثم أعادها لم يُجْزِئه؛ لأنه كَفَّرَ قبل الوجوب)**

(ش): أي: لأجل أنها لا تسقط بالوطء، ويحتمل لأجل ما ذكره من الفرق بَيْنَ أن يعود بالوطء، أو بغيره لو ظاهر ثم وطئها ولو ناسيًا، ثم أبانها، لزمته الكفارة، ولم تسقط عنه؛ لأنها تحتمت بالوطء، وما ذكرناه من قولنا: (لزمته الكفارة) أحسن من قوله: (ثم كَفَّر أجزأ اتفاقًا)؛ لأن قوله أجزأه يوهم أن له ألا يفعل، ولا يقال: هذا الوهم يزول بقوله أولا: (أما لو وطئ لم تسقط)؛ لاحتمال أن يخصص الكلام المتقدم بما إذا كانت باقية في العصمة، وما حكاه من الاتفاق صحيح باعتبار النصوص، وإلا فقد أشار ابن رشد وغيره إلى أنه يلزم على القول بأن العود الوطء نفسه ألا تجب عليه الكفارة بأول وطء، بل له أ يطأ مرة، ثم لا يطأ حتى يكفر، فعلى هذا تكون الكفارة قد وجبت بالوطء المتقدم، ويكون الحكم فيها كالمسألة السابقة، وقوله: (ولو ظاهر ثم أبانها... إلخ) ظاهر التصور.

(ص): **(والكَفَّارة إحدى ثلاثٍ مُرتبةٌ: العِتْقُ، والصَّوْمُ، والإطْعَام)**

(ش): لا خلاف في ترتيبها، وأن العتق أولا، ثم الصيام، ثم الإطعام.

وقوله: (إحدى ثلاث) يقتضي أن الكسوة لا تصح فيها، وهو المعروف، وفي "النوادر": قال ابن القاسم في "الأسدية " فيمن كسا وأطعم عن كفارة واحدة: لا يجزئه، ووقع في المجالس: يجزئه، وأظنه قول مالك، وقال أشهب: لا يجزئه.

الباجي: وفي "الموازية" فيمن ظاهر من أربع نسوة، وأطعم عن واحد وستين، وكسا عن أخرى ستين، ثم وجد العتق فعتق عن واحدة غير معينة، ولم يقدر على رقبة

إلى أربعة، فليطعم، أو يكسي، ويجزئه.

الشيخ أبو محمد: وانظر قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره.

الباجي: وهو يحتمل عندي وجهين:

أحدهما: أنه من باب إخراج القيم في الكفرة، فتخرج الكسوة عن الطعام إذا كانت في مثل قيمته، أو أكثر، وهل يجب على هذا ألا يراعي قدر الكسوة.

والثاني: أنه رآها خصلة رابعة قياسًا على كفارة الأيمان على رأي من صحح دخول القياس في الكفارة، وهذا معنى كلامه. وفي الأول بعدٌ؛ لأنَّا وإن قلنا بإخراج القيمة، فلا نأمره بذلك ابتداء، وقوله في المسألة الثانية: فليطعم، أو يكسي، يقتضي أنه مأمور بذلك ابتداء.

(ص): **(فيُجزئ عِتْقُ مَنْ يُجْزئُ في الصِّيَام والأيمان، وهي رقبةٌ مؤمنة غير ملفقةٍ مُحَرَّرةٌ سَلِيمةٌ خاليةٌ عن شوائب العتق والعوض)**

(ش): إنما قال: (يُجزئ عتق من يُجزئ في الصيام والأيمان)، وإن لم يتقدم ما يجزئ فيها؛ لأنه أراد إفادة الحكم في الجميع، ثم شرع المُصنِّف في بيان ما يتعلق بالقيود أولا فأولا.

(ص): **(فلو عَتَقَ جنينًا عُتِقَ، ولم يُجزئه)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (رقبة)؛ لأن الجنين لا يسمى حين العتق رقبة، وإنما ألزمناه عتقه، وإن كان سيده إنما التزم عتقه على لا رجعة، ولم تحصل لتشوف الشرع إلى الحرية، وقصده به القربة.

(ص): **(فلو أعْتَقَ نصفين من رقبتين لم يجزئه)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (غير مُلَفَّقَة)، ولم يجزئه ذلك؛ لأنه لا يصدق عليه رقبة، ولم يبين رحمه الله ما احترز عنه بالأيمان، ولعل ذلك لوضوحه.

واعلم أن الكافر على ضربين: كتابي، وغيره، فالكتابي إن كان كبيرًا قد عقل دينه لم يجز باتفاق، وإن كان صغيرًا لم يعقل دينه، فقال اللخمي: قال ابن القاسم: يجزئه، وقال ابن وهب، وأشهب: لا يجزئه، وقال أبو مصعب: فيمن ولد من النصارى مملوكًا للمسلمين فهو على فطرة الإسلام، وقال ابن حبيب: لا يجزئ من ولد في ملك الإسلام، وسيأتي الكلام على غيره.

(ص): **(ومِنْ واحدةٍ في دفعتين قولان)**

(ش): يعني: إذا كان له عبد، فأعتق نصفه عن كفارة، ثم أعتق النصف الباقي عن تلك الكفارة، ففي سماع عيسى: يجزيه، وإن رفع إلى السلطان، وجبره على التكميل، وقال ابن الماجشون، وأصبغ: لا يجزئه.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر "المدونة[١]"، والأظهر لأن الحكم يوجب عليه التتميم، فملكه للباقي تام.

(ص): (ولو أعْتَقَ نصفًا، والباقي له، أو لغيره، فَكُمِّلَ عليه، لم يُجزئه على المشهور)

(ش): تصوره ظاهر، والمشهور هو نص التهذيب، ومقابله لابن القاسم أيضًا، والأقرب هنا، وفي الفرع المتقدم عدم الإجزاء؛ لأن الحكم لما كان يوجب عليه تتميم الباقي، صار ملكه له غير تام، وعلى القول بالسراية، فالأمر أظهر.

(ص): (ولو اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عليه، أو مَنْ عَلَّقَ عِتْقَهُ على شرائه أو ملكه، أو اشتراه بشرط العِتْقِ - لم يُجْزِه - واستثنى بعضهم من كان للغُرماء مَنْعُهُ)

(ش): هذا راجع إلى قوله: (مُحرَّرة)؛ لأن الأول عتق بسبب القرابة، والثاني عتق بنفس الشراء، والثالث: لغيره فيه شرك؛ لأنه يضع من ثمنه لأجل العتق، فكأنه لم يعتق رقبة كاملة، ويحسن أن يكون هذا مما يتعلق بقوله: (خالية عن العوض)، ولا إشكال في الفرع الأول إن بنينا على المشهور أن القرابة تعتق بنفس الملك، وأما إن بنينا على افتقاره إلى الحكم، فأعتق قبل الرفع إلى الحاكم، فقد يخرج فيها الخلاف من المسألة التي قبلها، وما ذكره في المعلق عتقه على شرائه من عدم الإجزاء نحوه في "المدونة[٢]"، وعطف الملك على الشراء؛ لأن الملك أعم؛ إذ قد يملكه بإرث، أو هبة، أو غيرهما، وفي "الموازية" عن ابن القاسم: الإجزاء فيمن قال: إن اشتريت فلانًا، فهو حر عن ظهاري.

ابن عبد السلام: وتردد الشيوخ هل هو خلاف لـ "المدونة[٣] " أو وفاق؟

ومال الباجي إلى الوفاق، قال: لأنه لم يتقدم بعقده عتق إلا للظهار، وتقدم له في الأولى عتق لازم بكل حال بتقدير الشراء.

ابن يونس: وذكر عن أبي عمران أنه غمز المسألة إذا كان قد ظاهر قبل قوله: إن

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٨. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣١٩.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٠.

اشتريت فلانًا، فهو حر عن ظهاري، من أجل أنه لا يستقر ملكه عليه، وعتق بنفس الشراء، قال: وأما إن لم يكن ظاهرًا قبل ذلك، لأجزأه ذلك، فكأنه قال: إن اشتريتك، فأنت حر عن ظهاري، إن وقع مني ونويت العودة، وإن لم أنوِ العودة، فلا تعتق عليَّ.

الباجي: وَرَوَى أبو زيد عن ابن القاسم في "العتبية" في المرأة تعطي زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره، أو ثمنها، إن كان ذلك بشرط العتق، لم يجزه، وإن كان بغير شرط العتق أجزأه؛ لأن هذا أيضًا شرط عليه عتقه لظهار من يملكه، فكأنه هو الذي أثبت فيه العتق دون المظاهر، بخلاف ما في "الموازية"، فإنه هو الذي أثبت فيه عتق الظهار.

وعارض أبو إسحاق ما في "المدونة[1]" من عدم الإجزاء في المشتري بشرط العتق بما لو أعتق أجنبي عنه، فإن مذهب "المدونة" الإجزاء، ووجه المعارضة: أنكم كما حكمتم بالإجزاء في مسألة الهبة مع أن الرقبة موهوبة للعتق، فكذلك إذا اشتراها بشرط العتق، وإلى هذا المعارض أشار اللخمي أيضًا، فقال: اختلف إذا اشترى عبدًا بشرط العتق، يعتقه عن ظهاره، فقال مالك في "المدونة": لا يشترط بشرط العتق؛ لأنها رقبة ليست بتامة؛ إذ يضع عنه من ثمنها، وقال ابن كنانة في "شرح ابن مزين": إن كان جاهلا لم يؤمر بالإعادة، وقال ابن القاسم: إن كان عالمًا أن ذلك لا ينبغي، لم يجزئه، وإن كان جاهلا، ولا وضيعة من ثمنها، أجزأه، وإن كان فيه وضيعة، لم يجزئه، وقال ابن القصار فيمن قال لرجل: أعتق عبدك عن كفارتي: أجزأه، وسواء كان بجعل جعله له؛ مثل أن يقول له: أعتقه عني ولك ألف، أو بغير جعل، وهو أصوب على أصل ابن القاسم؛ لأنه إذا أجزأه وهو كله هبة بغير عوض، فأحرى إن كان بمعاوضة ولم يكن في الثمن وضيعة، وقوله: (واستثنى بعضهم) هو اللخمي استثنى من عدم الإجزاء في القريب، ومن اشترى بشرط العتق إذا كان عليه دين، وأذن له غرماؤه أن يشتريه فيعتقه، أو اشتراه بغير إذنهم، فأذنوا له أن يعتقه، فقال هنا بالإجزاء؛ لأن الدين يمنع من عتقه، فإذا صح ألا يعتق ويباع للغرماء، صح إذنهم في عتقه عن الواجب.

(ص): (ولو **فَعَلَ النِّصْفَ مِنْ كل كفَّارة لم يُجزه**)

(ش): كما لو صام ثلاثين يومًا، وأطعم ثلاثين مسكينًا، وأعتق نصف عبد لا يملك غيره، وصام ثلاثين يومًا، ولا إشكال في هذا مع القدرة؛ لأنه يجب عليه ألا يفعل

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٠.

الصوم إلا بعد عجزه عن العتق، وأما مع العجز، فقال ابن عبد السلام: أشار بعض المتأخرين إلى أن قول مالك اختلف في الأصل الذي تبني عليه هذه المسألة، وهو: هل المعتبر في الكفارة يوم الوجوب أو الأداء؟

وأشار غيره إلى حصول الاتفاق في هذه الصورة على عدم الإجزاء.

ابن عبد السلام: وانظر إن لم يكن اتفاق صحة الجمع بين الثانية والثالثة، وأما الجمع بين الأولى والثانية، فيعارض فيه شيء آخر، وهو أنَّا إذا منعنا من التلفيق بين نصفي رقبتين، فأحرى أن يمنع من التلفيق بين نصف رقبة، ونصف صوم، وليس هذا التعارض بالقوي.

(ص): (**وكذلك لو أَعْتَقَ ثلاثًا عن أربعٍ لم يُجزه**)

(**ش**): لأن العتق لا يبعَّض.

(ص): (**ولو أعْتَقَ أربعًا عن أربعٍ أجزأه، وإن لم يُعيّن لكل واحدةٍ**)

(**ش**): لهذه المسألة - أعني: إذا أعتق أربع رقبات عن أربع نسوة - أربع صور.

إن قصد التشريك في كل واحدة، لم تجزه واحدة منهن، وهي كالتي قبلها، وإن قصد كل واحدة عن واحدة أجزأه.

واختلف إذا أطلق، ولم يعين، ولا شرك، فقال ابن القاسم: تجزئه، واختلف فيها قول أشهب.

اللخمي: والإجزاء أحسن.

فقول المُصنِّف: (وإن لم يُعيّن) هو على قول ابن القاسم.

(ص): (**ولو أعْتَقَ ثلاثًا عن ثلاثٍ منهن، ولم يُعيّن لكل واحدةٍ لم يطأ واحدة منهن حتى يُكفِّر عن الرابعة، ولو ماتت واحدة أو طلقها**)

(**ش**): هذا الفرع مبني على قول ابن القاسم وأحد قولي أشهب، وأما على قول أشهب بعدم الإجزاء، فلا يجزيه من الثلاثة، وقوله: (لم يطأ واحدة)؛ لأنه بمنزلة ما لو اختلطت ذات محرم بثلاث نسوة أجنبيات، أو ميتة بثلاث ذكيات، ولم تعلم، وقوله: (ولو ماتت واحدة أو طلقها) مبالغة؛ أي: لا يطأ واحدة، ولو ماتت منهن واحدة، أو طلقها، بل وكذلك اثنان، وثلاث، فلا يطأ الباقية حتى يُكفِّر، لاحتمال أن تكون هي التي لم يُكفِّر عنها.

(ص): (**وكذلك الصِّيام إلا أنْ ينوي لكلِّ واحدةٍ عددًا، فيُكمِّل للأخرى**)

(ش): يعني: فلو صام ثمانية أشهر، ولم يُعيِّن لكل واحدة شهرين أجزأه، ولو صام ستة عن ثلاث، ولم يُعيِّن، لو يطأ واحدة منهن حتى يكفر عن الرابعة، وقوله: (إلا أن ينوي)؛ يعني: إذا صام الأربع دون ثمانية أشهر، وقد عيَّن لكل واحدة عددًا، فإنه يبطل ما صام للأولى والثانية؛ لعدم التتابع، ويكمل للأخيرة، فإن نوى للأخيرة عشرة أيام بنى عليها، أو عشرين بنى عليها، ومثل هذا أيضًا لو صام ثمانية أشهر، إلا أنه صامهن يومًا يومًا، أو أكثر، فإنه يبني على يوم واحد.

(ص): **(ولو أَطْعَمَ مائةً وثمانين عن أربعٍ أجزأه عن ثلاثٍ)**

(ش): فيه حذف مضاف؛ أي مقدر ثلاث، وليس المراد أن يجزيه عن ثلاث مستقلة؛ لقوله:

(ص): **(فإنْ ماتت واحدةٌ سقط حظ الميتة، إلا أن ينوي تشريكهن في كل مسكين، فلا يُجْزِئُهُ عن شيء)**

(ش): قوله: (سقط حظ الميتة)؛ أي: ربع المائة والثمانين، وهو خمسة وأربعون، ولا يطأ واحدة من الثلاث، إلا بعد أن يخرج عن كل واحدة منهن كمال كفارتها خمسة عشر مسكينًا، وقال المُصنِّف: (سقط حظ الميتة)، ولم يقل: سقط خمسة وأربعون؛ ليشمل ما إذا نوى لكل واحدة عددًا، أو نوى للميتة أكثر منهن، فإنه يسقط ما نواه لها.

أما إن جعل لأحد الكفارات عددًا أكثر من الأخرى، ولم يُعيِّن، فإنه يجعل للميتة الأكثر، وقوله: (إلا أن ينوي تشريكهن في كل مسكين، فلا يجزئه عن شيء) هذا إذا لم تعرف أعيان المساكين، ولو عرفت لنظر إلى ما يقع لكل واحد منهم، فيكمل له تمام المد.

(ص): **(أو يَنْوي لكلِّ واحدةٍ عددًا، فيجوز مثل عدد الميتة)**

(ش): ابن راشد: فإذا أخرج مائة وثمانين عن أربع، فينوي لفلانة ستين، ولفلانة ستين، ولفلانة عشرة، ولفلانة خمسين، فماتت التي نوى لها ستين، فيخرج ستين، وإن ماتت التي نوى لها الخمسين أخرج خمسين، وإن ماتت التي نوى لها عشرة أخرج عشرة، إذ بها تكمل الثلاث كفارات، وفي كلامه إضمار؛ أي: فيجوز أن يخرج مثل عدد الميتة.

(ص): **(والعُيوبُ: ثلاثة: ما يمنع كَمَال الكَسْبِ ويُشِينُ؛ كالقَطْعِ، والعَمَى، والبُكْمُ، والجنون، والهرم العاجز، والمرض الذي لا يُرجى برؤه، فلا يجزئ)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (سليمة)، وقسم المُصنِّف العيوب إلى ثلاثة أقسام،

وقسمها اللخمي إلى خمسة أقسام، وطريق المُصنِّف أحسن؛ لأنها أخصر مع جمعها لما قاله اللخمي، وقوله: (ما يَمْنَع)، خبر ابتداء؛ أي: في الأول ما يمنع كمال الكسب ويُشين، فلا يجزئ، ومثل له المُصنِّف بالقطع، وسواء كان مقطوع اليدين، أو إحداهما، أو أحد الرجلين، وكذلك الشلل، والفلج.

وقوله: (والعمى)، ظاهر، وقوله: (والبكم) هو بيِّن إن كان أصم كما هو غالب أحوال البكم.

ابن عبد السلام: وإن لم يكن أصم، فينبغي أن يجري فيه الخلاف الذي في الأصم، وأما المجنون إن كان مطبقًا، أو في أكثر الزمان، فلا يجزئ، وإن كان أقل الأزمنة، فقال مالك، وابن القاسم: لا يجزئ، وقال أشهب: إن جن في كل شهر مرة أجزأ.

(ص): **(الثاني: ما لا يَمْنَعُ** كمال **الكسب ولا يُشين؛ كالمرض الخفيف، والعرج الخفيف، والأنملة، فيجزئ)**

(ش): وكذلك الجدع في الأذن، وذهاب بعض الأسنان، والصمم الخفيف، قاله اللخمي.

وقوله: (والأَنْمُلة) إن كانت من غير الإبهام فبين، وأما أنملة الإبهام، فإنها تمنع كثيرًا من الصنائع.

(ص): **(الثالث: ما يُشِينُ، ولا يمنع كمال الكَسْبِ، كاصطلام الأذن، والصَّمم، والعَوَر، والمرض الكثير المرجو، والبَرَصِ الخفيف، والعرج البَيِّن، والخصاء، والأصبغ، فقولان)**

(ش): بناء على اعتبار الشين أو الكسب، وقوله: (كاصطلام الأذن) كلامه في "التهذيب " يدل على إجزاء المصطلم الأذن الواحدة؛ لقوله: (ويجزئ الجدع الخفيف كجدع الأذن)، ولكن انتقدت عليه هذه اللفظة، فقيل: إنما في "المدونة[1]": كجدع في الأذن، وهو يدل على أن الجدع لم يوعب الأذن، والقول بالإجزاء في مصطلم الأذن لأشهب، ونص في "المدونة" على أن مقطوع الأذن لا يجزئ، ومذهب "المدونة" أن الأصم لا يجزئ، وقال أشهب: يجزئ.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢١.

والمشهور إجزاء الأعور، وفي "الموازية": لا يجزئ، وهو قول عبد الملك، وأما المرض الكثير المرجو، فقال محمد: يجزئ ما لم ينازع، وقاله عبد الملك، واستقرأ اللخمي من قول الغير في "المدونة[1] " في الأبرص: يجزئ إذا كان خفيفًا، ولم يكن ممرضًا، عدم الإجزاء في المرض البيّن.

وأما البَرَص الخفيف، فقال ابن القاسم في الجزام والبرص: لا يجزئ جملة.

اللخمي: ولم يفرق بين قليله، ولا كثيره. وقال أشهب في البَرَص الخفيف: يجزئ، وأما الخصاء، فقال اللخمي فيه ثلاثة أقوال: كرهه في "المدونة[2]"، وقال أيضًا: لا يجزئ، وقال أشهب: يجزئ، وأما الأصبع فالمشهور عدم الإجزاء، وقال ابن الماجشون: يجزئ، وإن كانت الإبهام.

اللخمي: وليس بالبيّن، ولو كانت الخنصر وما والاه رأيته أن يجزئ.

(ص): **(ويُجْزِئُ عِتْقُ الرَّضِيع، والأعجميِّ بخلاف الجنين، ومَنْ عَقَلَ الصلاة والصيام أولى)**

(ش): هكذا في "المدونة[3]"، لكنه اشترط في عتق الرضيع والأعجمي أن يكون ذلك لقصد النفقة.

أبو عمران: وهو على استحباب، وأما الإجزاء فإنه يجزئ، وإن كان مع سعة النفقة.

ابن عبد السلام: وقيل: إنه شرط، فينتفي الإجزاء بانتفائه، والأول أولى؛ لأنه لا يعلم شيء من مسائل هذا الباب، وما يقرب منه كالضمان والهدايا يجزئ الفقير ولا يجزئ الغني.

فرع:

فإن عتق الرضيع في كفارة واحدة، فكبر أخرس، أو أصم، أو مقعدًا، أو مطبقًا، فقال أصبغ في "العتبية": ليس عليه البدل، وكذلك لو ابتاعه فكبر على هذا الاحتمال حدوثه، وأما الأعجمي، والمراد به: الكافر الذيل ليس بكتابي، فنَصَّ في "المدونة[4] " على الإجزاء، كما ذكرنا، ففسره سحنون، وابن اللباد، وابن أبي زمنين، وغيرهم، بأن يكون دخل في الإسلام اعتمادًا على ما وقع في النذور من قوله: (والأعجمي الذي قد

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٢.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٣.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٤.
(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٤.

أجاب) واختصار ابن أبي زيد يخالف هؤلاء، لأنه قال في "اختصاره " لما في الظهار: ويجزئ عتق الأعجمي الذي يجبر على الإسلام، وإن لم يسلم، وكذلك قال في "الموازية"، وعلل ذلك بأنهم على دين من اشتراهم، قال: وقال أشهب: لا يجزئ حتى يجيب إلى الإسلام.

وهل الخلاف في الصغير كالكبير؟ أو إنما هذا الخلاف إنما هو في الكبير، وأما الصغير يشترى مفردًا عن أبويه، فلا خلاف أنه يجزئ طريقان، وتعميم الخلاف أولى؛ لأنهم أشاروا إلى أن الخلاف في الإجزاء مبني على الخلاف في جبرهم، وفي ذلك ثلاثة أقوال، ثالثها: يجبر الصغار دون الكبار، وعلى ما في "المدونة[1]"، فقال بعض أصحابنا: ينبغي أن يوقف عن امرأته حتى يسلم هذا الأعجمي، وإن مات قبل أن يسلم، لم يجزه، وقال ابن يونس: بل له وطء زوجته حين أعتقه، ولو مات قبل أن يسلم أجزأه؛ لأنه على هذا القول على دين من اشتراه، ولما كان يجبر على الإسلام ولا يأباه في الغالب حمل عليه.

(ص): (ويُجْزِئُ المَغْصُوب)

(ش): أي: يجزئ المظاهر أن يعتق عبده المغصوب عن كفارته، سواء قدر على تخليصه أم لا؛ لأن ملكه باقٍ عليه، فقد أخرج رقبة من الرق.

(ص): (ولا يُجْزِئُ المُنْقطِع الخَبَر)

(ش): عدل المُصنِّف عن أن يقول كغيره: (الآبق المنقطع الخبر) إلى ما ذكره؛ لأنه يشمل الآبق وغيره، فكان أكثر فائدة، ولا يجزئ المنقطع الخبر؛ لأنه لا يدري أموجود هو أم معدوم، صحيح أم معيب، وعدم الإجزاء مقيد بما إذا لم تعلم سلامته بعد ذلك، نَصَّ عليه في "المدونة[2] " آخر الضوال والإباق.

ومن عتق عبدًا آبقًا عن ظهاره لم يجزه؛ إذ لا يدري أحي هو، أم ميت، أم معيب، أم سقيم، إلا أن يعرف في الوقت موضعه، وسلامته من العيوب، فيجزئه، أو يعلم ذلك بعد العتق، فيجزيه، وإنِ جهله أولا. انتهى.

واشترط ابن حبيب وغيره أن تعلم سلامته.

(ص): (ويُجْزِئُ عِتْقُ المرهون والجَاني إنْ نفذ)

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٥.

(ش): لأن كل واحد من المرهون والجاني باقٍ على الملكية، لكنه قد تعلق به حق الغير، فإن أنفذ ذلك الغير العتق بأن أسقط حقه، أو أعطى حقه نفذ العتق وأجزأه، وهو معنى: (إن نفذ)؛ أي: معنى نفذ العتق، وفي نسخة أخرى: (إن فديا)؛ أي: استوفى المرتهن والمجني عليه حقه.

(ص): (ولا **يُجْزِئُ مُكَاتَبٌ، ولا مُدَبَّرٌ، ولا مُعْتَقٌ إلى أَجَلٍ، ولا مُسْتَوْلَدَةٍ**)

(ش): هذا راجع إلى قوله: (خالية من شوائب العتق)، وتصور كلامه ظاهر، وينبغي أن يجري المكاتب إذا رضي هو وسيده بتعجيزه، وفسخ الكتابة إذا لم يكن للمكاتب مال ظاهر، فإن لهما التعجيز حينئذٍ على ظاهر "المدونة[1]"، قاله ابن عبد السلام.

(ص): (**فلو اشْتَرَى مُكَاتَبًا، أو مُدَبَّرًا، فأعْتَقَه فكَالجَانِي**)

(ش): يعني: أن اشتراءه لهما يفسخ ما لم يتصل بعتق، فهل يفسخ أيضًا ويرد العتق؛ لأنه مرتب على ممنوع، أو لا، ويمضي العتق ويجزئ، لأنا إنما نفسخه لتعلق حقه بالحرية، وقد حصلت ناجزًا؟ قولان.

وحكى اللخمي ثالثًا: أن عتقهما ماضٍ، ولا يجزيان؛ لأنه عتق مختلف فيه، فيمضي، ولا تبرأ الذمة بمختلف فيه، وعلى هذا فيكون المُصنِّف شبه المكاتب، والمدبر، على القول بالفسخ بما إذا لم يفتدِ الجاني، وشبههما على القول بصحة عتقهما بما إذا افتديا.

(ص): (**ولو أعْتَقَهُ على دِينَارٍ لم يَجْزِهِ**)

(ش): لأنه عتق لم يخلُ عن شوائب العوض، وهذا بشرط أن يكون الدينار في ذمة العبد، وأما إذا كان في يده، فيجزيه، قال في "المدونة[2]": إذ له انتزاعه، وتقدير كلام المُصنِّف: ولو أعتق السيد عبده عن ظهاره على أن يكون على العبد دينار لم يجزه، ويحتمل أن يريد ما قاله في "المدونة"، فيمن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره على جعل جعله له، قال: فالولاء للمعتق عنه، وعليه الجعل، ولا يجزيه عن ظهاره، كمن اشترى رقبة بشرط العتق، فإن أراد هذا الوجه الأخير، فما ذكره فيه من عدم الإجزاء هو المشهور، وحكى ابن القصار جوازه.

(ص): (**وفي إجْزَاء ما عَتَقَ عنه غيره فبَلغَهُ فرضي به. ثالثها: إن أَذِنَ له أجزأه لابن**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٧.

القاسم، وأشهب، وعبد الملك)

(ش): قد تقدم غير ما مرة أن قاعدة المُصنِّف أن يجعل صدر القول الثالث دليلا على الأول، وعجزه دليلا على الثاني، وقاعدته أيضًا إذا ذكر أقوالا وقائلين أن يرد الأول للأول، والثاني للثاني، وعلى هذا فيكون ابن القاسم هو القائل، أي: في "المدونة[١]"، بالإجزاء مُطلقًا، وأشهب، بنفيه مُطلقًا، وعبد الملك بالتفرقة، إن أذن له أجزأه، وإلا فلا، وبنى ابن بشير الأولين على أن العتق هل يفتقر إلى نية أو لا، وتفرقة عبد الملك ظاهرة؛ لأنه إذا أذن له، فالمعتق إنما عتقه عنه بطريق النيابة، واحترز المُصنِّف بقوله: (وَرَضِي به) لما لو لم يرضَ، فإنه لا يجزيه باتفاق، واختلف في محل هذه الأقوال، فذهب اللخمي والأكثر إلى أن محلها إذا وجبت الكفارة بالوطء، أو بالعودة، وأما لو لم تجب، فلا يجزئ العتق باتفاق، وذهب أبو عمران إلى أن العتق يجزئ على قول ابن القاسم، وإن لم ينوِ العودة، بناء على أن ابن القاسم لم يشترطها، وقد قدمنا أنه قد قدمنا أنه قد أنكرت هذه النسبة لابن القاسم.

(ص): (الصِّيام: وشَرْطُهُ العجز عن العتق وقت الأداء، وقيل: وقت الوجوب، وإن كان مُحتاجًا إلى ما بيده من عبدٍ، أو دارٍ، أو غيرهما، لمنصبه، أو مرضه، أو غيرهما)

(ش): لما انقضى كلامه على العتق شرع في الصيام، ولا خلاف أن من شرطه العجز عن العتق، وهل وقت الأداء؛ أي: إخراج الكفارة، وهو مذهب "المدونة[٢]"، أو الوجوب؛ أي: وقت العود، ما تقدم، وهو ظاهر ما وقع لابن القاسم في "الموازية"، لأنه قال في المظاهر الموسر إذا لم يعتق حتى أعدم، فصام، ثم أيسر: أنه يعتق، وجعله اللخمي خلافًا للأول، كالمُصنِّف على ظاهره، وتأوله الباجي على الاستحباب، قال: لأن المؤدي لما عليه إنما ينظر لحاله يوم الأداء دون الوجوب كمن ضيع الصلاة، وهو قادر على القيام، فأراد أن يقضيها، حال عجزه عنه، فإنه يؤديها جالسًا، ثم لا يلزمه قضاؤها إن قدر على القيام، أو فرط في الصلاة مع إمكان أدائها بالماء، ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء، فإنه لا يلزمه قضاؤها ثانيًا عند وجود الماء.

الباجي، ويحتمل أن يريد أنه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته، فلما أعسر قل العتق أمر بالصيام؛ لأنه أبلغ ما يمكنه، بشرط إن أيسر بالرقبة التي تعلقت بذمته كان

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٨.

عليه إخراجها، وحكم الأموال في ذلك غير حكم العمال، والأول أظهر.

وقال بعض القرويين: إنما ذلك لمن وطئ، فلزمته الكفارة بالعتق ليسره، فلم يكفر حتى أعسر بصيام، وأما إن لم يطأ حتى أعسر فصام، ثم أيسر، فلا يؤمر بالعتق.

وقوله: (وإن كان... إلخ)؛ يعني: أنه إذا ملك رقبة لم يكن له الانتقال إلى الصوم، وإن كان محتاجًا إلى ما بيده من عبد، أو غيره، لمرض، أو منصب، أو غيرهما، فإن قيل: فما الفرق بَيْنَ هذا وعادم الماء، فإنه يجوز له أن يتيمم إذا كان محتاجًا لنفقة ما يشتريه به، والله سبحانه لم يُجِز التيمم إلا عند عدم الماء، كما لم يُجِز الصيام هنا إلا عند العجز عن العتق، قيل: لأن المظاهر لما أدخل الظهار على نفسه شدد عليه، ولأنه أتى بالمنكر، والزور، ولتكرار الوضوء، ولأن الحكم في الظهار معلق على عدم الوجود المطلق، بخلافه في التيمم، فإنه معلق على عدم الوجود المقيد، وهو وجدان ماء لا حرج فيه، لقوله تعالى في الآية: ﴿مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦].

(ص): **(فلو شَرَعَ في الصَّوْمِ ثم أيْسَرَ، لَمْ يَلْزَمْهُ العِتْقُ، وفي اليومين قولان، وفيها: حَسَنٌ وليس بواجبٍ، كما لو صام يومًا في الحج ثُمَّ وجد هَدْيًا)**

(ش): يعني: إذا صام لإعساره ثم أيسر، فإن صام ما له قدر، كالربع، والثلث، ونحوهما، تمادى على صومه، ولم يلزمه العتق، وإن كان إنما صام اليومين، ونحوهما، فرَوَى زياد بن جعفر عن مالك: يرجع إلى العتق، ورَوَى ابن عبد الحكم: يتمادى، وقال ابن شعبان: إذا صام يومًا، ثم أفاد مالا مضى، ويجزيه العتق أحب إليَّ، وجعلوا هذا القول موافقًا لرواية ابن عبد الحكم، والقولان يتجاذبهما أصلان؛ وهما: طروء الماء على المتيمم بعد تلبسه بالصلاة، وطروء الحيض على المعتدة بالأشهر، والشبه بالتيمم أقوى؛ للاتفاق أن اليسر إذا حدث بعد صوم كثير أنه يتمادى، ولو كان كالحيض لزم أن ينتقل إليه، ولو بقي منه يوم واحد، وقوله: (وفيها: حَسَنٌ ولَيْس بوَاجِب)، أي: حسن أن يرجع في اليومين ونحوهما إلى العتق، هكذا نص في "المدونة[1]"، ولعله أتى بما فيها استشهادًا للقول بعد الرجوع إلى العتق، ولا يقال إنما أتى بمذهب "المدونة"؛ لأنه مخالف للقولين؛ لأن على رواية ابن عبد الحكم يستحب أيضًا الرجوع، ألا ترى أنهم جعلوا قول ابن شعبان موافقًا لرواية ابن عبد الحكم، وقد نَصَّ ابن شعبان على

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٨.

استحباب الرجوع في اليوم إلى العتق كما تقدم.

(ص): (**أمَّا لو أفْسَدَهُ بعد يُسْرِهِ، وَجَبَ الْعِتْق**)

(**ش**): يعني: لو أفسد الصوم بعد أن أيسر، وجب العتق.

ابن القاسم: ولو لم يبق من صيامه إلا يوم واحد، ووجهه أن المعتبر في حال المكفر إنما هو يوم الأداء.

(ص): (**ولو ظَاهَر مِنْ أَمَةٍ لا يَمْلِكُ غيرها أجزأته على الأصَحِّ؛ لأنَّه لا يَنْتَقِلُ إلى الصَّوْمِ اتفاقًا**)

(**ش**): تصور المسألة من كلامه ظاهر، والأصح مذهب "المدونة[1]"، وعليه فإن تزوجها بعد العتق، حلت له من غير كفارة، ومقابل الأصح ليس بمنصوص، وإنما خرَّجه اللخمي على القول بأن من شرط الكفارة أن تكون المرأة تستباح إصابتها، وأن الكفارة تسقط عند بينونة المرأة منه، قال: لأن عتقها خلاف العزم على الإصابة، وأشار إلى أن الإجزاء إنما يأتي على القول بأن الكفارة لا تسقط بإبانتها، وقد تقدم أن بعضهم أخذ من هذه المسألة أن ابن القاسم لا يشترط في وجوب الكفارة وجود العود، والرد عليه، وانظر كيف جعل اللخمي أن عتق هذه الأمة إنما يجزئ على القول بأن الكفارة لا تسقط بإبانتها، مع أنه مذهب "المدونة"، وقد نَصَّ فيها على إجزاء العتق في هذه المسألة، والظاهر أن العودة بالعزم على الوطء، والإمساك هي هذه الأمة؛ لأنه إذا عزم على وطئها، وجبت عليه الكفارة، فإذا أعتقها، زال عنه الظهار، وحرم عليه فرجها، إلا بتزويج، وهكذا قال أبو عمران، فإن قيل: كيف يختلف في إجزاء العتق، مع أنه لا ينتقل إلى الصوم بالاتفاق فيما يفعل على مقابل الأصح، قيل: الأمة لا حق لها في الوطء، فإن شاء السيد أمسكها، ولا يستمتع بها حتى يوسر، وإن شاء باعها.

(ص): (**ولو تَكَلَّفَ المُعْسِرُ الْعِتْقَ جَازَ**)

(**ش**): أي: تداين واشترى رقبة واعتقها، جاز، ولو قال: أجزأ، لكان أحسن، ومثل هذه المسألة إذا تكلف من فرضه التيمم الغسل، أو تكلف من فرضه في الصلاة الجلوس القيام، وقد تقدم التنبيه على ذلك أول هذا الكتاب.

(ص): (**ومَنْ قال: كلُّ مملوكٍ أمْلِكُهُ إلى عشر سنين حرٌّ، فطالبته امرأته، ففرضه**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٨.

الصوم، فإن لم تُطالبه صَبَرَ)

(ش): لأنه إذا كان يعتق عليه كل من يملكه، صار عاجزًا عن العتق، وهذا مبني على المشهور من لزوم العتق المعلق على الملك، وأما على الشاذ فلا؛ لأنه لا تلزمه اليمين، ولو قيل بلزوم العتق والصوم للاحتياط ما بَعُدَ.

(ص): (**والْعَبْدُ كُلُّه، أو بعضه، لا يَصِحُّ منه الإعتاق، إذ لا ولاء له**)

(ش): قوله: (أو بعضه) يحتمل أن يريد به المعتق بعضه، ويكون قصد التنبيه على أنه لا فرق فيمن فيه بقية الرق بَيْنَ أن يكون كاملا، أو مبعضًا، فيؤخذ من كلامه الحكم في المدبر، والمعتق، إلى أجل بالالتزام، ويحتمل أن يريد كل من فيه شائبة الحرية، فيدخل المعتق بعضه، والمكاتب، والمدبر، والمعتق إلى أجل، ويؤيد الأول اصطلاح الفقهاء، ويؤيد الثاني أن كلا من هؤلاء لا ولاء له، والأول أظهر.

(ص): (**وفِيهَا: وفَرْضُهُ الصوم إن قَوِيَ عليه، وإلا فالإطعام إنْ أَذِنَ له السيد على المشهور، وإلا انتظر**)

(ش): قوله: (إن قَوِيَ عليه)؛ أي: من غير مضرة تلحق السيد، وأما مع المضرة فسيأتي.

وقوله: (وإلا فالإطعام)؛ أي: وإن لم يقوَ على الصوم، فإنه يطعم إن أذن له السيد على المشهور، وقال عبد الملك: لا يجزئه الإطعام، ولو أذن له السيد؛ لأن للسيد الرجوع قبل أن يصرفه للمساكين، وفيه بُعد؛ لأن العبد مالك حتى ينتزعه السيد، ولو سلمنا أنه ملك مترقب، لم يكن للسيد الرجوع بعد الإذن؛ لما تعلق للعبد من الحق، قاله الخمي.

(ص): (**وفي جواز مَنْعِ السيد له الصوم إن أَضَرَّ بخِدمَتِهِ ثالِثُها: إنْ أَدَّى خَرَاجه لَمْ يَمْنَعْهُ**)

(ش): القول بالمنع لابن القاسم، ورَواه عن مالك في "الموازية"، ومقابله لابن الماجشون، وأصبغ، ومحمد بن دينار، بناء على العبد لما أدخل الظهار على نفسه، لم يكن له أن يضر بسيده، وأن السيد لما أذن له في النكاح، فقد أذن له في توابعه.

الباجي: وعلى المنع، ففي كتاب ابن سحنون عن مالك: إن كان يؤدي الخراج لم يكن له منعه، فمقتضاه أنه تقييد للقول بالمنع، وكذلك قال في "الجواهر"، وهو خلاف لحمل المُصنِّف الثالث على أنه خلاف، والله أعلم.

(ص): (وفيها: أحبُّ إليَّ أن يصوم، وإن أَذِنَ له في الإطعام فحمل على ما إذا منعه من الصِّيام، وقيل: على العاجز ناجزًا فقط، وقيل: أحبُّ إليَّ - للسَّيد - ألا يمنع عبده من الصوم)

(ش): ابن القاسم في "المدونة"[1] " بإثر ما حكاه المُصنِّف عنها: بل الصيام هو الذي فرض الله، وليس يطعم أحد يستطيعه. وظاهر كلام ابن القاسم أنه حمل جواب مالك على الوهم، وصرح في ذلك في "المبسوط"، فقال: لا أدري جوابه فيها إلا وهمًا، ولعل جوابه في كفارة اليمين بالله.

وإلى مثل قول ابن القاسم نحا سحنون؛ لأنه طرح هذا الكلام، وذهب الأكثرون إلى تأويله، وذكر المُصنِّف ثلاثة تأويلات:

الأول لعياض: إن أحب باقية على بابها من ترجيح أحد الأمرين، وكلامه محمول على ما إذا منعه السيد من الصوم لأجل أنه يضر به في خدمته، والعبد قادر عليه.

قال: وهو قول محمد، فإنه قال: إذا أذن له سيده في الإطعام، ومنعه الصوم أجزأه، وأصوب أن يُكفِّر، وهو مثل قوله في الكتاب في كفارة اليمين: إذا أذن له سيده أن يطعم، أو يكسو، يجزئ، وفي قلبي منه شيء، والصيام أبيَّن عندي، فلم يرَ مالك الإطعام والكسوة ملكًا مقررًا.

الثاني للأبهري: حمل قوله: (الصوم أحب إليَّ) على ما إذا كان عاجزًا في الحال، قادرًا على الصيام في الاستقبال، فأذن له السيد في الإطعام، فأحب إليَّ أن يصبر حتى يكفر بالصوم.

واعترضه ابن محرز، فإنه إذا كان مستطيعًا للصوم في الاستقبال، لزمه أن يؤخر، وإن كان لا يستطيع فلا يؤخر.

ابن بشير: وإنما بنى ابن محرز ذلك على قول ابن القاسم، الذي يقول: إذا عجز عن الصوم ناجزًا، وهو يقدر عليه فيما بعد، أنه يلزمه التأخير، وأما على قول من يقول لا يلزمه التأخير، فيصح هذا الاعتذار.

التأويل الثالث للقاضي أبي إسحاق: وأن قوله: (أحب) يرجع إلى السيد؛ أي: إن أذن السيد في الصيام أحب إليَّ من إذنه في الإطعام.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٢٩.

ابن عبد السلام: وإلى هذا مال الأكثر، ووجهه أنه لما اختلف قول مالك هل للسيد منعه من الصوم إن أضر به أم لا؟

استحب الأخذ بأحوطها، وهو الصيام، وقال أبو عمران: إن (أحب) هنا على الوجوب.

(ص): **(وفيها: قال: وإنْ أَذِنَ له أن يُطْعِمَ في اليمين بالله أجزأه، وفي قلبي مِنْهُ شَيْءٌ)**

(ش): لعله ذكر هذه المسألة استشهادًا للشاذ في أنه لا يجزئه الإطعام، وإن أذن له فيه سيده، وقال ابن عبد السلام: ذكرها بإثر السابقة، وكذلك هي في "المدونة[1]"، كالمستدل بها على صحة التأويل الأول؛ لأنه لا يشك أن الشيء الذي في قلب الإمام من جهة الإطعام، إنما هو عدم صحة ملك العبد، أو الشك في ذلك.

(ص): **(وهو: شهران مُتَتَابعان بالأهِلَّة، وإن انْكَسَرَ تَمَّمَ المُنْكَسِرَ ثلاثين من الثالث، وسواء الحُرُّ والعَبْدُ)**

(ش): كونه شهرين متتابعين هو نص الآية، وإن صام بغير الهلال تمم المنكسر ثلاثين من الشهر الثالث، ويصوم الشهر الثاني بالهلال، ويمكن تخريج الخلاف مما ذكره المُصنِّف في العدد، وهو قوله: (فإنْ انْكَسَر) الأول تممه ثلاثين من الرابع، وقوله: (وسَوَاءٌ الحُرُّ، والْعَبْد) ظاهر.

(ص): **(وتَجِبُ نِيَّة الكفَّارة، ونِيَّة التَّتَابُع)**

(ش): لأن الكفارة والتتابع واجبان، والواجب لا بد له من نِيَّة، وقد تقدم للمُصنِّف ما يدل على الخلاف في وجوب النِيَّة للكفارة في الزكاة.

(ص): **(وإذا انْقَطَعَ التَّتَابُعُ استأنف)**

(ش): لأن الله تعالى اشترط التتابع؛ لقوله: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤]، ثم أخذ المُصنِّف في بيان ما يقطع التتابع، فقال:

(ص): **(وينقطع التَّتابع، ويبطل مُتَقَدِّمُ الإطعام على المشهور - ولو بقي مسكين - بوطء المظاهر منها، ولو ليلا - ناسيًا أو غالطًا - بخلاف غيرها ليلا في الصيام، وليلا ونهارًا في الإطعام)**

---
(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٠.

(ش): نوع رحمه الله العبارة في الصيام: (وينقطع) تتابعه، وفي الإطعام: (يبطل)؛ لأن الإطعام لا يوصف بالتتابع، وقوله: (بوطء المظاهر منها) متعلق بينقطع؛ يعني: أن التتابع ينقطع بوطء المظاهر منها، وكذلك يبطل متقدم الإطعام على المشهور بوطء المظاهر منها، فقوله: (على المشهور) راجع إلى الإطعام فقط، وأما الصوم فلا يبطل باتفاق.

وقوله: (ولو بَقِيَ مِسْكِينٌ) مبالغة على المشهور؛ أي: يبطل ما تقدم من الإطعام على المشهور، ولو لم يبق عليه إلا مسكين، وهذه النسخة أحسن مما وقع في بعضها من تقديم قوله: (ولو بَقِي مِسْكِين) على قوله: (على المشهور)؛ لإيهامه حينئذٍ أن الشاذ إنما يخالف فيما إذا لم يبقَ إلا مسكين واحد، وليس كذلك، وليس الشاذ هذا؛ لأن ابن الماجشون يرى أن الوطء لا يبطل الإطعام المتقدم مطلقًا، قال: وأحبُّ إليَّ أن يستأنف؛ لأن الله تعالى قال: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] في العتق والصيام، ولم يقله في الإطعام، وقيد في المشهور الإطعام بأن يكون قبل المماسة، كالأولين.

وفي الشاذ نظر؛ لأنه يلزم عليه حِليَّة وطء المظاهر قبل الإطعام إذا كان هو الكفارة، ولا يحل ذلك بالإجماع، نقله بعض الأئمة وقوله: (ولو ليلا ناسيًا)؛ يعني: أنه يبطل الصوم بوطء المظاهر منها، ولو ليلا ناسيًا، أو غالطًا؛ لأن الله تعالى اشترط في الكفارة أن تكون قبل المماسة، ونبه بذلك على خلاف الشافعية في قولهم: إن وطء المظاهر منها ليلا لا يبطل ما تقدم من الصيام، فإن قيل: الحكم ببطلان الصوم والإطعام بالوطء مشكل؛ لأن سبقية بعض الكفارة على الوطء أولى من تأخير جميعها عنه، وقد قلتم بالإجزاء لو تقدم الوطء على الجميع، فالجواب أن المماسة المطلوب تقديم الكفارة عليها هي المماسة المباحة؛ لأن تقدير الآية: فصيام شهرين متتابعين من قبل أن تباح له المماسة، والمماسة الواقعة في خلال الكفارة ليست بمباحة، فاستؤنفت كفارة أخرى، لتحصل كفارة مستأنفة سابقة على مماسة مباحة.

فرع:

واختلف إذا قبَّل المظاهر بإثرها في أثناء الكفارة، وقد تقدم ذلك، وقوله: (بخلاف وطء غيرها ليلا في الصيام)؛ أي: فلا يبطل الصيام لصحته ليلا أو نهارًا في الإطعام؛ لأن عدم المماسة مشروط في حق المظاهر منها فقط، والله أعلم.

(ص): (**وما يُجزئ عن ظِهارهنَّ كفَّارةٌ واحدة في حكم الواحدة، ولو عيَّنَها لم تتعيَّن**)

(ش): أي: إذا ظاهر من أربعٍ بكلمة واحدة، وقلنا: إنه تجزئ كفارة واحدة؛ فإنه يبطل متقدم الصيام والإطعام بوطءِ إحداهن، ولو حين الكفارة لغيرها؛ لأن الكفارة لما كانت تجزئ على الجميع لم تتعين، وقوله: (فِي حُكْمِ الواحدة) فيه حذف الموصوف؛ أي: حكم المرأة الواحدة.

وقوله: (وَلَو عَيَّنَهَا)؛ أي عين المرأة أو الكفارة.

(ص): **(وَبِفْطر السفَرِ بِخلافِ المرضِ والحيْضِ، إذا قضى قَضَى مُتتابعًا)**

(ش): هذا معطوفٌ على وطء، تقديره: وينقطع التتابع بوطء المظاهر منها، وبفطر السفر؛ لأنه سبب اختياري غالباً بخلاف المرض؛ فإنه لا يقطع التتابع؛ لأنه غير اختياري، ثم إذا قلنا بعدم قطعه يقضي ما أفطر متصلا بصومه، وإن لم يتابعه ابتداء، وهو معنى قوله: (وَإذا قَضَى قَضَى مُتَتابِعاً)، وليس كقضاء رمضان، واستشكل ذكر المصنف الحيض هنا؛ لأن صوم الظهار إنما يخاطب به الرجل، وأجيب بأن المصنف قصد أن يذكر ما يقطع التتابع، وما لا يقطعه من حيث الجملة، وقوله: (وَالْحَيْضِ)؛ يعني: فيمن قتلت خطأ وصامت.

(ص): **(والمرضُ يُهَيِّجُه السفر كالسفر)**

(ش): يعني: إذا حصل له مرض بسبب سفر، فإنه يقطع التتابع بمنزلة السفر، وهذا هو المشهور.

وقال سَحْنُونٌ: يجزئه البناء وإن هيج عليه السفر المرض؛ لأن السفر مباح.

وقال مُحَمَّدٌ: إن أفطر في السفر ابتداء استأنف، وإن مرض بنى.

(ص): **(وفي الخَطَأِ والسهو - ثالثها: ينقطع بالخطأ، والمشهور: لا ينقطع ولو بوطء غيرها، ويقضيه مُتَّصلا)**

(ش): يعني: أنه اختلف، هل ينقطع التتابع بالفطر سهواً، كمن أفطر في يوم ناسياً أو أخطأ كمن صام تسعة وخمسين ثم أصبح مفطراً، معتقداً أنه كمل الصوم، وكمن اعتقد أن الشمس غربت فأكل، أو الفجر لم يطلع فأكل، ثم تبين له خلاف ما اعتقده على ثلاثة أقوال:

والأول: ينقطع في السهو والخطأ، وهو لمالك في "الْموازية" نص فيها على القطع بالفطر ناسياً.

اللخمي وغيره: وعليه فينقطع بالفطر خطأ.

وفي "الْبَيَانِ": مشهور المذهب أنه لا يعذر بالنسيان في كفارة القتل والظهار.

والقول الثاني: أنه لا ينقطع بهما.

قال المصنف: (وهو المشهور)، وإنما عزاه اللخمي، وصاحب "البَيَان" وغيرها لابن عبد الحكم، وقوله: (وَلَوْ بوَطِءٍ غيرها)، إذا عذر في الوطء فأحرى في الأكل والشرب.

والقول الثالث: أنه لا ينقطع بالسهو؛ لأنه يعرض في كل جزء الصوم فيعسر التحرز منه بخلاف الخطأ، وبعضهم يرى هذا الثالث ظاهر "الْمُدَوَّنَة[1]"، ذكره فيها إذا أصبح مفطراً بعد تسعة وخمسين يوماً معتقداً التمام، وقوله: (وَيَقْضِيه مُتَّصلا)؛ أي إذا فرعنا على عدم القطع وهو ظاهر.

(ص): **(ولو أَفْطَر ثانياً متعمِّداً انقطع)**

(ش): ولو أفطر ثانياً متعمداً في يوم إفطاره سهواً أو خطأ، انقطع التتابع؛ لأنه لما عذر بالنسيان صار وجود ذلك الأكل كعدمه، فصار فطره ثانياً كفطره أولا متعمداً، هكذا مشَّى ابن راشد هذا المحل، ويحتمل لو أفطر في قضاء ما أفسده من صيام التتابع متعمداً فإنه يبطل صومه من أصله؛ إذ يلزمه في القضاء ما يلزمه في الأداء، والتمشيتان صحيحتان.

(ص): **(بخلاف أول يوم فإنه لا يحرم فِطْرُهُ ثانيا كقضاء رمضان، بخلاف رمضان والنَّذْر المعيَّن، وصوم التطوُّع)**

(ش): أي: في بقية اليوم؛ لأنه لا حرمة للزمان، ولا يفسد بفطره ثانياً كقضاء رمضان، بخلاف رمضان والنذر المعين، وصوم التطوع صحيحاً، وإنما دخل على أنه واجب، فتبين أنه غير واجب، وقضاء رمضان مشارك له في هذا المعنى.

وقوله: (لا يَحْرُمُ) وقع في بعض الروايات (ويكره) وهو ظاهر؛ لأنه دخل بنية القربة، فاستحب له إتمامها، بخلاف رمضان، والنذر المعين، وصوم التطوع، فإنه يحرم الفطر في الثلاثة، إذا أفطر أولا ناسياً، أما الأولان فلتعين زمانهما، وأما الثالث، فلأن الفطر علي سبيل النسيان، لما كان لا يفسده، صار فطره ثانياً عمداً كفطره أولا

(ص): **(وينقطِعُ بالعمدِ، وفي الجاهل قولان:)**

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٠.

(ش): هكذا في بعض النسخ (بالعمد) وهو بيّن، وفي بعضها (بالعيد)، فيحمل كلامه على إذا ما إذا ابتدأ في شهر العيد عالماً به، وأما الجاهل فقد أشار إليه بقوله: (وفي الجاهل) قولان.

قال في "الْمُدَوَّنَةِ[١]": وإذا صام ذا القعدة وذا القعدة وذا الحجة لظهار عليه، أو قتل نفساً خطأً لم يجزه إلا من فعله بجهالة، وظن أنه يجزيه، فعسى أن يجزيه، وما هو بالبين، وأحب إليَّ أن يبتدئ، ونحوه لابن وهب إن كان عالماً ابتدأ، وإن كان جاهلا فلا شيء عليه.

وقال أَشْهَبُ، وَسَحْنُونٌ: لا يجزئه.

عياض: هل الجهالة التي عذره بها في "الْمُدَوَّنَةِ[٢]" الجهالة بالحكم، أو الجهالة بالعدد وتعين الشهر، وغفلته أن فيه فطر، فيكون كالناسي؟ وأشار إلى أن في "الْمَبْسُوطِ"، و"الْمُدَوَّنَة" ما يبين أن المراد الثاني لأجل الحكم، واختلف في تأويل "الْمُدَوَّنَة" من الإجزاء.

فقال أبو مُحَمَّدٍ: يريد: ويقضي أيام النحر التي أفطر فيها وفصلها.

وقال غيره: لا يجزئ إلا أن يفطر يوم النحر خاصة، ويصوم أيام التشريق، وروى نحوه عن مالك بن يونس، وهو أصوب.

ابن القصار: لأن صوم هذه الأيام إنما هو على الكراهة.

وقال ابن الكاتب: معنى مسألة "الْمُدَوَّنَة[٣]" أنه صار يوم النحر وأيام التشريق، ويقضيها ويبني، وأما لو أفطرها لم يجزه البناء؛ لأنه صوم غير متوالٍ، بخلاف إذا لم يأكل فيها ونوى صيامها، وإن كانت لا تجزئه.

ابْنُ يُونُسَ: وهو أضعفها.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ولا يحتمل كلام المصنف هذا القول الثالث بخلاف الأولين.

ابْنُ حَبِيبٍ: وإن صام شعبان عن ظهاره، ثم صام رمضان لفطره، ثم أكمل ظهاره بشوال أجزأه.

ابْنُ يُونُسَ: يحتمل أن يكون وفاقاً لقول مالك فيمن جهل فصام القعدة وذا الحجة لظهار عسى أن يجزيه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣١.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣١.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣١.

وقال بعض شيوخنا: لا يجزيه؛ لأنه تفريق كثير، والأولى أولى؛ لأن الجهل عذر كالمرض في غير وجه.

(ص): **(ولو صَامَ شعبانَ ورمضانَ لِكَفَّارته وفَرِيضةً قضى ثلاثة أشهر)**

(ش): يعني: قضاء رمضان واستئناف الكفارة، أما رمضان فلتشريكه فيه، ويلزم من بطلان رمضان بطلان شعبان.

قال في "الْمُدَوَّنَةِ[1]": ومن صام شعبان ورمضان ينويهما لظهاره، ويريد أن يقضي رمضان في أيام أخر، لم يجزه لفرضه ولا لظهاره، واختلف هل يدخلها الخلاف المذكور في مسألة من صام رمضان قضاء عن رمضان آخر فتجزئه الكفارة منها على رواية من روى هناك إجزاءه، وعليه قضاء الآخر (بكسر الخاء)، فيقضي هنا رمضان فقط، وعلى رواية من روى هناك

الآخر (بفتح الخاء)، يجزئه هنا الصوم عن رمضان وحده، وإليه ذهب بعضهم، أو لا يدخله الخلاف؛ لأن ما بين الكفارة ورمضان أشد مما بين رمضان ورمضان آخر، وإليه ذهب صاحب النكت.

(ص): **(وعلى القطع بالنسيان لو صام أربعة على ظهارين، ثم ذكر يومين مُجتمعين لا يدري موضعهما، فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: يصوم يومين يصلُهما، ثُمَّ يقضي شهرين، وقال سَحْنُونٌ: يومًا وشهرين)**

(ش): يعني: إذا فرعنا على أن النسيان يقطع التتابع، لو ذكر أنه أفطر يومين مجتمعين ناسياً لا يدري موضعهما، هل هما من الأولى أو من الثانية، أو أحدهما آخر الأولى. والثاني أول الثانية.

فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: يصوم يومين يصلهما، ثم يقضي شهرين.

وقال سَحْنُونٌ: لاحتمال أن يكونا من الأخيرة، فلا ينتقل عنها، وهو قادر على تمامها، ثم يقضي شهرين لاحتمال أن يكونا من الأولى، أو أحدهما من الأولى والآخر من الثانية، ورأى سحنون أنهما إن كانا من الأولى فقد صحت الثانية، وإن كانا من الثانية فقد صحت الأولى، وعلى هذين الاحتمالين يبدأ بالشهرين اللذين أمر بإتيانهما، ولم يبقَ إلا احتمال واحد، وهو أن يكمل كل يوم من واحد، فيصوم يوماً ثم يقضي شهرين.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣١.

(ص): (**فلو علم أَنَّهما من أحدهما، فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: مثلها، وقال سَحْنُونٌ: يصومُ شهرين، وهما على الخلافِ فيمن ذكر سجدةً من إحدى ركعتين**)

(**ش**): فوجه قول ابن القاسم كما تقدم، وأما سحنون فهو إنما أمره باليوم في الأولى لاحتمال الثالث، وهو منتفٍ هنا، وقوله: (وَهُمَا على الخِلافِ) هو إشارة إلى تنظير المسألة بمسألة قد قدمها في سجود السهو، وهو ما إذا ذكر في آخر صلاته سجدة، ولا يدري من أي الركعات هي.

فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: يسجد الآن سجدة لاحتمال أن تكون من الأخيرة، ثم يأتي بركعة لاحتمال أن تكون من غيرها.

وقال أشهب وأصبغ: يأتي بركعة فقط، والمصنف وإن لم يقدم عن سحنون في مسألة الصلاة شيئاً؛ لكن كلامه هنا يدل على أن سحنون موافق لأصبغ، وهذا إن ثبت النقل فواضح، وإن كان المصنف أخذ من قول سحنون أنه موافق لأصبغ في الصلاة، وقد يفرق بينهما بقوة حرمة الصلاة، فيجوز أن يوافق هناك على الإتيان بالسجدة، ولتأكيد حرمة الصلاة أنه لو افتتح الصلاة بالتيمم، ثم طرأ عليه الماء لم يجز له القطع، بخلاف من شرع في الصوم هنا، ثم أيسر؛ فإنه يجوز له الانتقال إلى العتق، والله أعلم.

(ص): (**فإن لم يدْرِ اجتماعهما فأربعة أشهرٍ، وفي اليومين القولان**)

(**ش**): تصوره لا يخفى عليك؛ لكن إنما يحتاج إلى الأربعة أشهر على قول سحنون، إذا شك في أمسه هل هو من اليومين، وإما إن تحقق أن اليومين سابقان على ذلك فيستحب بالعدد الذي صامه، ولم يتخلله فطر، والله أعلم.

تَنْبِيهٌ: كلام ابن القاسم وسحنون هنا مبني على أن بدء النسيان يقطع، وهو دليل لما شهره صاحب " الْبَيَانِ" من أن النسيان يقطع؛ لأنه قل أن يخالف المشهور، والله أعلم.

وترك المصنف التفريع على القول بأن النسيان لا يقطع لوضوحه؛ لأنا إذا بنينا عليه يأتي بما نسيه فقط، واختلف عليه لو ذكر يومين مثلا من الأولى في أثناء الثانية.

فقيل: يتم الثانية، ثم يصومها؛ لأنه معذور، بما تشبث به من صيام الكفارة التي هو فيها، وقضاء الكفارة الأولى على الخلاف فيمن ذكر صلاة في صلاة، هل تفسد الأولى، وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنه يجوز له أن يقضي اليومين في أثناء الكفارة، ويبني على صيامه، ولا يعد بذلك مفرقاً لصيامه؛ إذ لم يتخلله فطر، على ما قال ابْنُ حَبِيبٍ، فيمن صام شعبان وشوال، ولا يضره ما تخلل من صوم رمضان.

(ص): (الإطعامُ: وشرطه العجز عن الصيام فيُعتبر ما تقدَّم، فلو غلب ظنُّ قدرته في المستقبل، ففي وجوب التأخير قولان لابن القاسم وأشهب)

(ش): قوله: (وشَرْطُهُ العجز عن الصِّيَامِ) هو نص الآية الكريمة، وقوله: (فَيُعْتَبَرُ ما تقدَّم)؛ أي: هل يعتبر العجز يوم الداء أو يوم الوجوب؟

قوله: (فَلَوْ غَلَبَ... إلخ)؛ يعني فلو عجز في الحال عن الصيام، إما لمرض أو حد وغلب على ظنه أنه سيقدر عليه في المستقبل، فهل يجب عليه التأخير؟ قولان، وفهم من قوله: (فلو غلب على ظنه) أنه لو آيس من القدرة على الصيام لأطعم اتفاقاً، وهو صحيح.

اللَّخْمِيُّ: وينتظر إذا رجا الصحة بالقرب، واختلف إذا رجا ذلك بعد طول، وقوله: (ظن قدرته) يقتضي أنه لو شك لأطعم، ويتبين لك ما في هذا بسياق مسألتي "الْمُدَوَّنَة[1]"، وذكر بعض من تكلم عليها:

فالأولى: قال ابْنُ الْقَاسِمِ: ومن صام عن ظهاره شهراً، ثم مرض وهو لا يجد رقبة، لم يكن عليه أن يطعم، وإن تمادى به المرض أربعة أشهر لم يدخل عليه الإيلاء؛ لأنه غير مضارٍ، وينتظر إفاقته، فإن صح صام، إلا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقوى صاحبه على الصيام بعده، فيصير حينئذ من أهل الإطعام.

وقال أشهب: إذا مرض صار من أهل الإطعام.

والثانية: ومن تظاهر وهو مريض مثل الأمراض التي يصح من أمثالها الناس، فلينتظر حتى يصح ثم يصوم، إذ كان لا يجد رقبة وكل مرض يطول بصاحبه، ولا يدري أيبرأ منه أم لا، ولعله يحتاج إلى أهله، فليطعم، وليصيب أهله، ثم إن صح أجزأه ذلك الإطعام؛ لأن مرضه كان إياساً.

وقال أشهب: إذا طال مرضه وإن وجد برأه، وقد احتاج إلى أهله، فليطعم بظهار الأولى، إن ظن القدرة في المستقبل، والتردد في ذلك يمنع الإطعام عند ابن القاسم، ولا يمنع عند أشهب، وظاهر الثانية أن التردد لا يمنع من الإطعام عند ابن القاسم؛ لقوله: ولا يدري أيبرأ منه أم لا؟ واختلف القرويون هل الثانية مخالفة للأولى أم لا؟ والقائلون بأنها ليست خلافاً للأولى، فرقوا بينهما بأن المكفر في الأولى دخل في الصيام، وفي الثانية لم يدخل، وللدخول في العمل تأثير في التمادي، وإلى هذا ذهب

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٢.

ابن شبلون، وبعض من ذهب إلى حمل المسألة على الخلاف.

قال: يتحصل في المسألة أربعة أقوال:

الأول: إذا أخذه المرض، انتقل إلى الإطعام، وهو أشهب في الأولى.

والثاني: لا ينتقل حتى يعلم صاحب ذلك المرض أنه لا يقدر على الصوم، وإن أفاق، وهو قول ابن القاسم في الأولى.

والثالث: إن طال مرضه انتقل، وهو أشهب في الثانية.

الرابع: أنه لا ينتقل حتى يشك هل يبرأ أم لا، وهو قول ابن القاسم في الثانية، ويمكن الجمع بين المسألتين على غير الوجه المتقدم، ولنتركه خشية الإطالة، واستحسن قول أشهب؛ لأنه أسعد بظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ﴾ [المجادلة: ٤]؛ لأنه يصدق على المريض أنه غير مستطيع، وقياساً على وجود الرقبة في الحال، ولو روعي حال المستقبل لزم ألا يكفر أحد بالصيام؛ لأنه ما من أحد إلا وهو يرجو أن يملك رقبة أو يساويها في المستقبل.

(ص): **(وَعَددُ سِتِّينَ مسكينًا أحراراً مُسْلِمينَ مُرَاعًى)**

(ش): أي واجب، وتصوره ظاهر.

(ص): **(لكلِّ مسكين مُدٌّ بمُدِّ هشام، ومدُّ هشام: مدٌّ وثلثان على المشهور فيهما، وقيل: مدٌّ وثلث، وقيل: مدَّان، وقيل: بمُدِّ اليمين...)**

(ش): قوله: (فِيهِمَا)؛ أي في كونها بمد هشام، وكون مد هشام مداً وثلثين، ومقابل المشهور في مقدار مد هشام هو قوله: (وَقِيلَ: مُدٌّ وثلث، وقيل: مُدَّانِ).

ابن بشير: وقيل مد ونصف، واعلم أن من ذهب إلى أنها بمد اليمين اختلفوا.

فقال بعضهم: بمد واحد، وأنكر أن يكون بمد هشام لفظاً ومعنى.

وقال: متى كان هشام يعتبر مده، وبعضهم أنكره لفظاً فقط.

وقال: بل يقال: يطعم مداً وثلثين بمده صلى الله علي وسلم، وروى مطرف عن مالك: **لكل** مسكين مدان بمده صلى الله عليه وسلم، وإنما قلنا على المشهور أنه لا يكتفي هنا إلا بمد وثلثين؛ لأنها مطلقة في القرآن لم تقيد بالوسط ككفارة اليمين بالله تعالى فحملت على الشفع الكامل، كفدية الأداء، واستصوب الباجي القول بأن مد هشام مدان، قال: وهي رواية البغداديين عن معن بن عيسى، وهو الصحيح؛ لأن معن مدني؛ وهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة، وقد شاهدت بالمدينة هذا المد، وحققته فوجدته كما قال مدين.

(ص): **(فلو أطْعَم مائةً وعشرين نصفًا نِصْفًا كمَّل لِسِتِّين منهم وإلا استأنف)**

(**ش**): تصوره ظاهر.

اللَّخْمِيُّ: وإذا كان الطعام قائماً بأيديهم، وعلى أنه كفارة عن ظهار انتزع من ستين منهم، وأكمل الستين، والانتزاع بالقرعة؛ لأنه ليس أحدهم أحق بالانتزاع من الآخر، ومن فوت الطعام لم يرجع عليه بشيء، واختلف شارحو "الْمُدَوَّنَة[١]"، هل من شرط التكميل بقاء النصف المأخوذ أم لا؟ وقوله: (وَإِلا اسْتَأْنَفَ)؛ أي: وإن لم يمكن التكميل ستين، فإنه يستأنف الكفارة.

(ص): **(وإذا كفَّر عن يمين ثانية فلم يجد إلا مساكين الأولى، ففيها: لا يُعجبني أن يُطعمهم كانت مثلها أو مخالفتها كالظهار واليمين بالله تعالى؛ إلا أن يُحدث الثانية بعد التكفير...)**

(**ش**): (لا يُعجبني) محمول على الكراهة، وهي غاية ما يمكن هنا، ولهذا قال محمد، عن ابْنِ الْقَاسِم: فإن فعل أجزأه، وفي الأسدية الجواز.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو أظهر، وإن كان بعضهم لم يعده خلافاً لـ " للمدونة"، وحمل "الْمُدَوَّنَة[٢] " على الحكم قبل الوقوع، والأسدية بعده.

(ص): **(والجِنْس كزَكَاةِ الفطر)**

(**ش**): نحوه في الباجي، فقال: والذي يجزئ هنا هو على حسب ما تقدم في اليمين بالله تعالى، وقد تقدم أن المصنف شبه اليمين بالله تعالى بزكاة الفطر، وعلى هذا فتُخرج من التسعة الأصناف.

وعلى قول ابْنِ حَبِيبٍ: تخرج من عشرة.

وقال ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: الأقط، لا أعلم من قال بجواز إخراجه هنا.

خَلِيلٌ: وظاهر كلامه جواز إخراجه لتشبيههم ذلك بكفارة اليمين بالله، وبزكاة الفطر، فإنه قد نص في "البيان" على أنه تُخرج من كل ما تُخرج منه زكاة الفطر، وفي كلام المصنف إشارة إلى شيء آخر، وهو إذا اقتيت غير التسعة كاللحم والقطاني، فإنه قدم في زكاة الفطر أن المشهور الإجزاء.

(ص): **(فإن كان عَيْشُهُم تمرًا أو شعيرًا أطعم عدل شِبَعِ مُدِّ هشام من الحنطة)**

(**ش**): حاصله: إن كان عيشهم القمح أخرج منه مدًا هشاميًا، وإن كان عيشهم تمرًا

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٢. (٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٣.

أو شعيرًا أو نحوه، أطعم عدل شبع مد هشام من الحنطة، قاله في "الْمُدَوَّنَةِ[١]".

عياض: قيل معناه: إذا أشبع الرجل مد حنطة، كم يشبعه من غيرها؟

خَلِيلٌ: وفيه نظر؛ لأنا لم نعتبر بالحنطة، بل أصل الحديث إنما ورد في التمر، وبين ذلك أن أهل التمر لا يقال في زكاة الفطر أخرجوا ما يشبع صاع القمح.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقال بعض الشيوخ: يراعى الشبع سواء زاد على مد هشام، فيزاد، أو نقص عن مد هشام فينقص.

(ص): (**وَفِيهَا: ولا أُحِبُّ أن يُغَدِّيَ أو يُعشِّيَ فيها ولا في فِدْيَةِ الأداء**)

(**ش**): هذا كما قال في "الْمُدَوَّنَةِ[٢]": إن الغداء والعشاء لا يبلغ المد الهشامي، وأحرى فدية الأداء.

اللَّخْمِيُّ: وقال ابن الماجشون: إن غدى وعشى أجزأه، فجعلهما ككفارة اليمين بالله تعالى. انتهى.

ونص ابن المواز على أنه لو غدى وعشى لا إعادة عليه، وعلى هذا فتكون أحب على بابها، ويحتمل أن يراد بها عدم الإجزاء، ولعله نسب المسألة لـ " للمدونة"، لهذا التردد الذي في قوله: (وَلا يُعْجِبُنِي)، ولإشكالها أيضا، وذلك أن الحامل لهم على التقدير بالمد الهشامي إنما هو تحصيل الشبع في يوم، وقد حصل ذلك.

(ص): (**ولا يُجْزِئُ قيمةٌ في كفَّارة، وَقِيلَ**: كاليمين....[٣])

(**ش**): أما عدم إجزاء القيمة فقد نص في "الْمُدَوَّنَةِ[٤]" وغيرها على ذلك، وأجري في ذلك الخلاف في الزكاة.

وقوله: (وَقِيلَ: كَالْيَمِينِ) ظاهره أنه قيل هنا بإجزاء القيمة، كما في اليمين بالله تعالى، وفي هذا نظر؛ لأن المصنف لم يقدر القيمة تجزي في كفارة اليمين بالله، ولا يقال: إن المصنف شبه لإفادة الحكم؛ لأن المصنف لم يذكرها هنا حكمًا، والأقرب أن في هذا المحل أن يكون معنى قوله: (وَقِيلَ: كَالْيَمينِ)، أي: في إجزاء الغداء والعشاء، وهو قول ابن الماجشون، كما ذكرنا، وقد يقال على بعد (وَقِيلَ: كَالْيَمِينِ)، أي: إذا قلنا فيه مد بمده صلى الله عليه وسلم، فهل يزاد مثل ثلث المد أو نصفه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٣.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٣١٤.

(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٤.

كِتَابُ اللِّعَانِ[1]

(ص): (**اللعانُ: يمين الزوج على زوجته بِزنًى أو نفي نسب، ويمين الزوجة على تكذيبه....**[2])

(**ش**): هي مشتقة من اللعنة التي في خامسة الزوج، ولم يسمى بالغضب، وإن كان يصدر من المرأة في الخامسة؛ لأن القاعدة تغلب المذكر، ولأنه لما كان لعان الرجل سابقا وسببا في لعانها، غلب ما يصدر منه[3].

واللعن: البعد والطرد، ومعنى لعنه الله؛ أي: أبعده الله من رحمته، وكانت العرب إذا تمرد الشرير منهم طردوه وأبعدوه عنهم لئلا يؤاخذوا بجرائره، وسموه لعينا، وقول المصنف: (يَمينُ الزَّوجِ عَلَى زَوْجَتِهِ)، أي: على رمي زوجته (بِزنًى) مخرجا لرميها بمقدمات الجماع ونحو ذلك، فإنه لا لعان في ذلك، ومخرج أيضا حلف الزوج على زوجته في الحقوق المالية، أو غيرها.

وقال: (أَوْ نَفْيِ نَسَب) ليدخل فيه إذا نفى الولد، بل هذه الصورة هي المقصود الأهم من اللعان.

وقوله: (وَيَمِينُ الزوجةِ عَلَى تَكْذِيبهِ) كالمتمم لجميع صفات ماهية جميع اللعان، وأورد هذا على التعريف أنه غير جامع؛ لأن قوله: (يمينُ الزَّوجِ) يخرج به لعان المطلق

---

(١) اللعان: لغة: مصدر لاعن لعانا: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر.
قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد والإبعاد، يقال: لعنه الله، أي باعده. انظر: لسان العرب: ٥/ ٤٠٤٤.
أما اصطلاحا، فقال المالكية: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها على تكذيبه أربعا.انظر: الكافي: ٢/٦٠٩.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣١٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦١.
واللعان يثبت بين كل زوجين مسلمين بالقذف برؤية الزنا أو بنفي النسب فيبدأ الرجل أربعا: أشهد بالله لقد رأيتها تزني وإني لمن الصادقين وهل يلزمه الوصف كالشهود قولان ويخمس بأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فينتفي عنه الحد والولد ثم تشهد هي أربع شهادات بالله ما زنيت وإنه لمن الكاذبين وتخمس بأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فينتفي الحد وتثبت الفرقة وتحرم أبدا.

مع مطلقته، فإنه ليس بزوج في الحال، ولا يقال هو زوج باعتبار الماضي؛ لأن الإطلاق باعتبار الماضي، والاستقبال مجاز، كما قرر في أصول الفقه، وأجيب بأن هذا إنما هو إذا كان المشتق محكومًا به، كقولك: زيد مشرك، أو زان، أو قائم، أما إذا كان متعلق الحكم، كقولك: السارق يقطع، حقيقة مطلقًا، صرح بذلك جماعة من أهل الأصول.

القرافي: ولو كان مجازًا، لكان قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾، و﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾، و﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾، وشبهها مجازات، باعتبار من اتصف بهذه الصفات في زماننا؛ لأنه مستقبل باعتبار زمان الخطاب، ويلزم حينئذ أن يسقط الاستدلال بها؛ لأن الأصل عدم التجوز، ثم أحسن التعريفات ما كان فيه إشارة إلى سبب الحكم، فذكر الزوجة مشير إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦]، فكان ذكره حسنًا، ولم يوجب خللا[١].

(ص): **(فيصِحُّ مع الرقِّ والفِسقِ)**

(ش): أتى بالفاء المشعرة بالسببية؛ أي: فلدخول الرق والفسق تحت الزوج صح لعانهما، سواء كان الرق أو الفسق فيهما، أو في أحدهما، ونبه المصنف بهذا على خلاف أبي حنيفة، في قوله رحمه الله: أنه لا يصح اللعان إلا ممن تصح شهادته، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]، والجواب: أنه استثناء منقطع، وهو وإن كان على خلاف الأصل؛ لكن يعينه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث هلال بن أمية: "لَوْلا الأيْمَانُ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ"[٢]، ولأجل أن اللعان يمين وليس بشهادة، دخلت المرأة فيه، وليس لها مدخلا في الشهادة على الزنا، ولأن العبد والفاسق تدعوهما الضرورة إليه، فوجب أن يباح لهما قياسًا على الحر العدل[٣].

(ص): **(وشرْطُ المُلاعِن: أن يكون زوجا مسلما مكلَّفًا - فيُلاعِنُ الحر الحرة والأمة والكتابية، وكذلك العبد فيهن...)**

(ش): احترز بالزوج من السيد؛ فإن لا لعان عليه، ونقل المتيطي أنه وقع للشيخ أبي عمران في أسئلة الباجي، أن اللعان يكون مع شبهة النكاح، وإن لم تثبت الزوجية،

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦١.

(٢) انظر: سنن أبي داود، برقم (٢٢٥٦) وأحمد في مسنده، برقم (٢١٣٢).

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/٨٦.

وهذا مما يشكل به قول المصنف (زَوْجًا).

وقوله: (مُسْلِمًا): يخرج الكافر، فلا يصح لعانه، قال في "الْمُدَوَّنَةِ[١]": ولا لعان بين الكافر؛ فإن ترافع هو وزوجته، وتراضيا أن يحكم بينهم بحكم الإسلام، فقال أبو عمران: يتلاعنان.

قال: فإن نكلت المرأة، فعلى قول عيسى: ترجم، وعلى قول البغداديين: لا ترجم؛ لأن أنكحتهم فاسدة، وإنما يجب على من نكل منهم الحد، كالمتلاعنين قبل البناء[٢].

وقوله: (مُكَلَّفًا) يخرج المجنون والصبي، وقوله: (فَيُلاعِنُ الحرُّ الحرَّةَ والأمَةَ وَالْكِتَابِيَّةَ) تصوره ظاهر، ويلحق بالكتابية المجوسية يسلم زوجها، ولم تسلم هي، وقوله: (وَكَذَلِكَ العبدُ فيهنَّ) ظاهر.

(ص): **(والنكاح الفاسد كالصحيح)**

(ش): أي: في اللعان؛ لأنه لما كان يلحق فيه الولد، احتيج إلى اللعان لنفيه، قال في "الْمَوَّازِيَّةِ": كل نكاح يلحق فيه الولد ففيه اللعان، وإن فسخ بعد ذلك.

(ص): **(ويتلاعنان إن رفعته بقذفها بالزِّنَى طَوْعًا في نكاحه في قُبل أو دبر - كان ولدٌ أو حملٌ أو لم يكن، نفاه، أوِ استلحقه...)**

(ش): لما ذكر الملاعن وشروطه، أخذ يذكر أسباب اللعان، فبدأ بالكلام على القذف بالزنا، وشرط فيه أن ترفعه إلى الحاكم، فإن لم ترفعه فلا لعان؛ لأن ذلك من حقها، ثم إن لم يبلغ رميه لها الحاكم فلا كلام، وإن بلغه حد؛ إلا أن يلاعن، وقوله (بالزِّنَى) يخرج ما إذا قذفها بغيره، ولا خلاف في اللعان إذا رماها بصريح الزنا، وأما إن عرَّض بذلك، فعن ابْنِ الْقَاسِمِ قولان:

أحدهما: أنه يلاعن[٣].

والثاني: لا، ووافقه عليه أشهب: أنه يحد ولا يلاعن، والقولان قائمان من "الْمُدَوَّنَة[٤]"، ففيها في اللعان: ومن قال لامرأته: وجدتها قد تجردت لرجل، وهي مضاجعة له في لحاف؛ أنه لا يلتعن بذلك إلا أن يدعي رؤية الفرج في الفرج، وإن لم

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٥.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٢٥/١، والاستذكار: ٨٦/٦.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٢٦/١.

(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٥.

تكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب، ولا يحد، وفي القذف منها، ومن عرَّض بالزنا لامرأته، ولم يصرح بالقذف ضرب الحد، إن لم يلتعن، وأشار عياض إلى أن الذي في كتب اللعان لا دليل فيه على انتفاء الحد؛ لأنه أنما أسقط الحد عن ذلك التعريض الخاص، ولا يلزم منه إسقاطه عن التعريض مطلقًا.

فقال لما ذكر ما قاله في اللعان: وفي "الْموازية" نحوه، لا لعان بينهما إلا في صريح القذف، أو تعريض يشبه القذف.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وفي كلامه نظر، أما أولا فلأن الخلاف في التعريض حكاه غير واحد من الشيوخ، ولم ينسبه لـ " للمدونة"، وأما ثانيا فنفيه الحد، واستثناؤه رؤية الفرج في الفرج دليل على أن ما عدا هذه الصورة لا يلزمه فيها عنده حد، على أن في أواخر (كِتَابِ الْقَذْفِ): ومن قال جامعت فلانة بين فخذيها، أو في أعكانها، فعليه الحد، ثم قال: قال مالك: ولا يجب الحد إلا في قذف أو نفي أو تعريض، يرى أنه يريد به القذف، ولا تعريض أشد من هذا[1].

وقوله: (طَوْعًا)، احترازًا مما لو نسبها إلى استكراه، فإنها لا تلاعن إذا ثبت الغصب، أو تصادق الزوجان عليه، نعم يلاعن هو لنفي الولد، فصار الطوع شرط في تلاعنهما معا، لا في لعانه، ولما كان المصنف يتكلم على لعانهما معًا، قيد ذلك الزنى بالطوع.

فَرْعٌ: وإذا قذف الزوج زوجته وترافعا إلى الحاكم سجنه، وحكى الباجي في سجلاته في سجنه قولين، وقوله: (فِي نِكَاحِهِ)، احتراز من الصورة التي يذكرها بإثر كلامه هذا، وهو قوله: (ولو قذفها بزنى قبل نكاحه)، وقوله: (فِي قُبُلٍ أَوْ دُبُرٍ)، إنما لاعنها إذا رماها بالوطء في الدبر؛ لأنه لو كان أجنبيا لحُدَّ في رميها بذلك، وما يُحد الأجنبي فيه يلاعن الزوج فيه[2].

وقوله: (كَانَ وَلَدٌ أَوْ حَمْلٌ، نَفَاهُ، أَوِ اسْتَلْحَقَهُ) ظاهر التصور، ووقع في بعض النسخ بإثر هذا الكلام: (وقيل: إن استلحقه حد) وسيأتي.

(ص): (**فَلَوْ قَذَفَهَا بِزِنًى قَبْلَ نِكَاحِهِ حُدَّ**)

(**ش**): قد تقدم أنه احترز عن هذه الصورة بقوله أولا: (فِي نِكَاحِهِ).

الْبَاجِيُّ: ولا خلاف في وجوب الحد هنا في المذهب.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٠، والتاج والإكليل: ٦/١٨٩.

(٢) انظر: التلقين: ١/١٣٤.

(ص): (وَيُعتمد على يقينهِ - بالرُّؤْية - وَقِيل: كالشهود)

(ش): أي: يعتمد الملاعن في قذفه بالزنى على يقينه برؤية ذلك، وقيل كالشهود؛ يعني: أن المشهور اعتماده على الرؤية، وإن لم يصف كالشهود، وقيل: لا يجوز له ذلك حتى يصف كالشهود، وهذا القول لمالك أيضًا في "الْعُتْبِيَّةِ"، وقد حكى ابن الجلاب، وعبد الوهاب الروايتين، وحكاهما الباجي، وصاحب " الْبَيَانِ"، وابن يونس.

وقول ابْنِ عَبْدِ السَّلامِ: الأحسن حذف الواو بين الرؤية وبين قيل، ليس بظاهر، لا يؤخذ القولان من كلام المصنف إلا بإتيانها.

(ص): (وَقِيلَ: عَلَى يَقِينهِ كَالأعْمَى عَلَى الْمَشْهُورِ)

(ش): يعني: وقيل: إذا تحقق وقوع الزنا منها جاز اللعان، وإن لم يرها تزني، كالمشهور من القولين في الأعمى[1].

قال في "الْمُدَوَّنَةِ[2]": ويلتعن الأعمى في الحمل يدعي الاستبراء في القذف؛ لأنه من الأزواج، فيحمل ما تحمل، ومقابل المشهور في الأعمى رواه ابن القصار، وعن مالك أنه لا يجوز اللعان إلا أن يقول: مسست الفرجين.

(ص): (وبنفيِ الولدِ أوِ الْحَمْلِ)

(ش): هذا معطوف على قوله: (بقذفها بالزنا) وتقدير كلامه: ويتلاعنان إن رفعته بنفي الولد أو الحمل، ولا خلاف في ذلك. (ص): (ويُعتمد على أنه لم يُصبها بعد وضعٍ أو في مُدَّةٍ لا يلحق فيها الولدُ لكثرة أو قلة، ويعتمد على اجتماع الاستبراء والرُّؤْيَةِ وفي اعتماده على أحدهما روايتان)

(ش): يعني: أنه يعتمد في نفي الولد أو الحمل على ثلاثة أشياء، واختلف في رابع، ومعنى اعتماده أنه يجوز له في الشرع أن ينفي الولد بذلك[3]:

الأول: إذا لم يطأها بعد وضع؛ يعني: وقد طال ما بين الوضعين، بحيث لا يكون الولد الثاني من بقية الحمل الأول.

الثاني: أن يكون وطأها بعد الوضع، ولكن بين هذا الحمل والإصابة مدة لا يتأتى فيها ولد، إما لقلة الزمان لخمسة أشهر ونحوها، وإما لكثرته كخمس سنين فأكثر، وإليه أشار بقوله: (أَوْ فِي مُدَّةٍ لا يَلْحَقُ فِيهَا الوَلَدُ لِقلَّة أو كَثْرَة).

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٧٩.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٦.
(٣) انظر: الذخيرة: ٤/٢٨٣.

الثالث: إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني، ووقع في بعض النسخ بإثر هذا الكلام: على المشهور، وهي زيادة صحيحة، فقد حكى ابن شاس وغيره عن السيوري أنه ليس له نفيه بهما.

قال: وحكى الداودي عن المغيرة مثله.

وأما الرابع والمختلف فيه، وإليه أشار بقوله: (وفي اعتماده... إلخ)، والضمير في (أحدهما) عائد على الاستبراء والرؤية.

عياض: والمشهور أنه يعتمد على الاستبراء، والأظهر أنه لا يعتمد على أحدهما، بل ولا عليهما؛ لأنه إذا كانت الحامل تحيض، فكيف يصح له النفي، والقول باعتماده على مجرد الرؤية أضعف؛ لأن الحيض علامة ظنية على براءة الرحم، بخلاف رؤيته، فإنه لا يدل على الحمل البتة[1].

(ص): **(وقيل: يُلاعِنُ للقذف)**

(ش): يعني: أنه اختلف في قاذف زوجته القذف المطلق غير المقيد برؤية، ولا بنفي حمل، فقال ابن نافع وابن القاسم في أحد قوليه: يلاعن.

وقال أكثر الرواة وابن القاسم أيضا: يحد ولا يلاعن، والقولان في "الْمُدَوَّنَةِ[2]"، واختار بعض كبار المتأخرين الأول؛ لصدق آية اللعان عليه.

خَلِيلٌ: وقول المصنف: (وقيل) يقتضي معطوف عليه، ويقتضي أن ذلك المعطوف عليه هو المذهب، والأقرب أن يكون راجعا إلى قوله: (ويعتمد على يقينه بالرؤية... إلخ)، فإن كلامه هنا يقتضي أنه لا يلاعن للقذف، ثم ذكر قولا آخر، أنه يلاعن بمجرد القذف، من غير رؤية، ولعل المصنف شهر الأول، لما قال في "الْمُدَوَّنَةِ[3] " أنه قول أكثر الرواة، وبه قال المخزومي، وابن دينار، وهو أحد قولي ابن القاسم؛ لكن في الإرشاد، المشهور أنه يلاعن بمجرد القذف.

(ص): **(فَإِنْ أَتَتْ بولد لِسِتَّةِ أشهرٍ فَصَاعِدًا بعد الرؤية للعان وإلا لَحِقَ به)**

(ش): يعني: فإن لاعن لسبب الرؤية، ثم أتت بولد بعد اللعان، فإن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية، لم يلحق به، وتعد كأنها بريئة الرحم يوم اللعان، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لحق به؛ لأن لعانه إنما كان لرؤية الزنا، خاصة لا لنفي الولد.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٩/٤٩٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٦.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٦.

خَلِيلٌ: وفي هذه المسألة إشكال؛ لأنهم نفوا الولد، الذي الأصل فيه أن يكون للفراش، بأمر نادر، وهو وضع المرأة في ستة أشهر[1].

(ص): (**واختلف قول مالك في نفي الحمل إذا لم يدَّعِ استبراءً فألزمه مَرَّةً ولم يُلزمه مرَّة، وقال بنفيه مرة.**

ابْنُ الْقَاسِمِ: وأحبُّ إليَّ أنه إن كان ظاهرًا يوم الرؤية لزمه، وعنه: إن أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لزمه، ولا يُحَدُّ إن نفاه، وقال المخزومي: إن أقرَّ بالحمل لستة فصاعدًا من يوم الرؤية لم يلزمه، ولو استلحقه لحق وحُدَّ، ولأقلَّ يلزمه)

(ش): صورة هذه المسألة أن يقول: رأيتها تزني ووطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله، ولم أستبرأ لاعنها للرؤية، ثم أتت بولد، فهل هذا اللعان موضوع لنفي الحد ونفي الولد معًا فلا يلحق به، ولا يحتاج إلى لعان ثان، أو هو موضوع لنفي الحد فقط، وعدوله عن دعوى الاستبراء رضًا منه باستلحاق الولد، وليس فيه تعرض للولد فيبقى الأمر موقوفًا، فقول المصنف: ألزمه مرة؛ أي: لم ينفيه باللعان الأول، ويلحق به، وإن ولدته لستة أشهر من يوم الرؤية، إلا أن ينفيه بلعان ثان، ومقابل هذا القول الثالث، وهو قوله: (وقَالَ بِنَفْيِه مرَّةً)، فإن ادعاه بعد ذلك لحق به، وهذه الأقوال التي قالها الإمام مطلقة، سواء كانت حاملا يوم الرؤية أم لا، وهذا قال في "الْمُدَوَّنَةِ[2] " في القول الثالث، وقال بنفيه مرة، وإن كانت حاملا، وفصل ابن القاسم، وتفصيله ظاهر؛ لأنه لا يلزم من لعانه لنفي الحد عنه نفي حمل ظاهر، والظاهر أنه لا يشترط الظهور، بل إنما يشترط أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية، ولو قيل أنه للأول ولو أتت به لستة أشهر - لأن الوضع في ستة أشهر نادر، والأصل إلحاق الولد بالفراش - لكان حسنًا، فإن قيل: في قول المصنف (أحب) نظر، إذ هو موضع الجزم لعظم أمر الأنساب، وإنما يقال: أحب في باب العبادات، قيل: إنما حمله على ذلك اضطراب مدارك الإمام، فلم يستطع الجزم بمخالفته، والله أعلم.

وقوله: (وَقَالَ الْمَخْزُومِيُّ)، نصه في "الْمُدَوَّنَةِ[3]": وقال المخزومي: إن أقر بالحمل وادعى رؤية لاعن، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية، فالولد منه، وإن كان لستة أشهر فأكثر فهو اللعان، وإن ادعاه بعد ذلك لحق به ويحد[4].

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٨/٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٨.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٣٨.

(٤) انظر: حاشية الصاوي: ١٠/٦.

تنبيهات:

الأول: في كلام المصنف مناقشة، فإن مقتضاه أن لابن القاسم في المسألة قولين، كل منهما مخالف لقول مالك، وليس كذلك، بل قوله: (إِنْ أَتَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَزِمَهُ)، مفسرًا لقول مالك الأول الذي قال فيه: لم يلزمه مرة، كذلك هو في "الْمُدَوَّنَةِ[(١)]" وغيرها، ولفظها: قال مالك ولا يلزمه ما أتت به من ولد.

ابْنُ الْقَاسِمِ: إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر، من يوم الرؤية فيلزمه، وفي "الْمُقَدِّمَاتِ": اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: أن الولد ينفيه باللعان على كل حال، وإن ولده لأقل من ستة أشهر، وهو أحد قولي مالك في "الْمُدَوَّنَةِ[(٢)]".

والثاني: أنه لا ينفيه بحال، وإن ولد لأكثر من ستة أشهر، ويلحق به، وهو قول أشهب وعبد الملك[(٣)].

والثالث: التفرقة بين أن يولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر منها، وهذا القول الثاني لمالك في "الْمُدَوَّنَةِ[(٤)]". انتهى.

ولا يكون هذا القول في "الْمُدَوَّنَةِ[(٥)] " إلا إذا كان قول ابن القاسم تفسيرًا له، وكذلك قال غيره.

والثاني: اختلف في فهم "الْمُدَوَّنَة[(٦)] " في قوله: (أَلْزَمَه مَرَّةً وَلَمْ يُلْزِمْهُ مَرَّةً، وَقَالَ بِنَفْيِهِ مَرَّةً)، فمنهم من فهم ذلك على أنها ثلاثة أقوال كما قررنا به كلام المصنف، وفهمها ابن لبابة، وصاحب " الْمُقَدِّمَاتِ " على أنه ليس فيها إلا قولان:

الأول: أن الولد منفي وإن أتت به لأقل من ستة أشهر.

والثاني: الفرق بين أن يولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر، وجعلا قوله: لم يلزمه مرة، وقال بنفيه مرة، قولا واحدًا[(٧)].

التنبيه الثالث:

عياض: اختلف في قوله في "الْمُدَوَّنَةِ[(٨)] " في القول الذي قال فيه بنفيه وإن كانت

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٠.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٠.
(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٢١/٥.
(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٠.
(٥) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤١.
(٦) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤١.
(٧) انظر: أشرف المسالك: ١٦٣/١، والتاج والإكليل: ١٩٣/٦.
(٨) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤١.

حاملا، هل ذلك سواء عرف الحمل أو أقر به أو بشرط ألا يعلم أنها حامل؛ إلا بعد الوضع لأقل من ستة أشهر، فقيل: ذلك سواء علم به أو لم يعلم أقر بالولد أو لم يقر، وهو نص " الْمَوَّازِيَّةِ"، وظاهر قول المخزومي في الكتاب: وأقر بالحمل، ذلك لأنه لما اطلع على خيانتها صح له نفي ما كان أقر به قبل بسلامة نيته وصحة اعتقاده.

وقال ابن محرز: بل معنى ذلك فيمن لم يقر بالحمل ولا اعترف به حتى ظهر بعد اللعان، وأن معنى قول المغيرة: أقر بالحمل؛ أي: بالوطء؛ بدليل قوله بعد هذا: فإن اعترف به بعد هذا ضربته الحد، وقال شيخنا أبو الوليد: وهو بعيد.

عياض: وظاهر كلام المغيرة ما قاله ابن محرز؛ لقوله: فإن ولدت ما في بطنها لأقل من ستة أشهر فالولد منه، وإن ولدته لستة أشهر فلا لعان، ولو كان ظاهرًا، وهو مقر به حين اللعان لم يحتج إلى هذا التفصيل لِعِلْمنا على كل حال أنه كان قبل اللعان، وتأول ابْنُ يُونُس قول المغيرة بأن معنى قوله: أقر بالحمل؛ أي: الآن على معنى أنه أقر أنها حملت بهذا الولد ثم يعتبر إيلاده بعد الرؤية، فإن كان لأقل من ستة أشهر لزمه، وإن كان لستة أشهر فأكثر جاز أن يكون للرؤية وقد التعن لها وادعى أن هذا الولد لها، وهو قريب في المعنى من تأويل ابن محرز، فيأتي على قول المغيرة ثلاثة تأويلات:

أولها: أن المراد الاعتراف بالوطء لا بالحمل.

الثاني: الإقرار بالحمل على ظاهره.

الثالث: الاعتراف بالحمل حين الوضع لا حين اللعان، وقد حكى ابن الجلاب وعبد الوهاب فيما إذا أقر بحملها، وادعى أنه رآها تزني، ثلاث روايات: إحداهن: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن.

والأخرى: أنه يلاعن وينتفي عنه الولد الذي أقر به.

والثالثة: أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه.

ابن الجلاب: وهو الصحيح[1].

(ص): **(ولو قال بعد الوضع لأقل: كنت استبرأت؛ ونفاه انتفى باللعان الأول، فلو استلحقه لحق به وَحُدَّ...)**

(**ش**): أي: في المسألة التي قبلها، وهي ما إذا لاعنها للرؤية، ولم يكن ذكر الاستبراء على القول بذلك، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية، وقلنا: إن

---

(١) انظر: التلقين: ١/١٣٧.

الولد يلحق به، فإنما يلحق به بشرط أن يسكت عن الاستبراء، فإن قال الآن: كنت استبرأت قبل الرؤية وهذا الولد ليس مني؛ اكتفى باللعان الأول، وهذا قول أشهب، وقال عبد الملك، وأصبغ: إنما ينفيه بلعان ثان[1].

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وفي "الْمُدَوَّنَةِ[2] " ما يدل على القولين، وقوله: فإن استلحقه؛ يعني: فإن استلحق هذا الولد بعد أن نفاه وانتفى عنه، فهو تكذيب لنفسه، فيحد ويلحق به، وقول المصنف: لأقل، ينبغي أن يكون الحكم كذلك إذا كان لستة أشهر على القول بإلحاقه به.

(ص): **(وشَهَادَتُهُ بِالزِّنَى عليْهَا كَقَذْفِه)**

(ش): يعني: سواء شهد وحده أم مع ثلاث.

ابن الماجشون، وابن أبي زمنين: وإذا شهد عليها مع ثلاثة، فيقال للزوج أولا: التعن؛ فإن أبى حُدَّ هو والثلاثة، وإن التعن، قيل لها: التعني، فإن التعنت وتم اللعان بينهما حُدَّ الثلاثة فقط، وإن نكلت عن اللعان وجب عليها الحد، وسقط الحد عن الثلاثة؛ لأنه قد حق عليها ما شهدوا به بنكولها عن اللعان، وإن لم يعثر على أنه زوجها حتى رجمها الإمام، فيدرأ عن الثلاثة الحد، ويحد الزوج إلا أن يلاعن، قاله مالك في "الْمَوَّازِيَّةِ"، قال: ويرثها.

قال: ويرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور عليها ليقتلها، أو يقر بذلك، فلا يرثها ولا دية على الإمام؛ لأنه مختلف فيه، وليس بخطأ صريح كشهادة العبد والنصراني.

ابْنُ يُونُسَ: وقاله أصبغ: إلا في الميراث، فقال، لا يرثها؛ لأنه التعن وليس بشاهد، فلا يخرج من تهمة العامد لقتل وارثه.

(ص): **(الاستبراءُ حيضةٌ، وَقيلَ: ثلاثٌ، وفي اعتمادِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا - عَلَى الاسْتِبْرَاء أو الرؤيَةِ - رِوَايَتَانِ...)**

(ش): اختلف المذهب بماذا يكون الاستبراء الذي ينتفي به الحمل، صرح الباجي وجماعة بمشهورية الأول، كما هو مقتضى كلام المصنف، والقول بالثلاث للمغيرة، وروي أيضا عن مالك وجه الأول، أن الاستبراء هنا ليس بعدة بل لبراءة الرحم فأشبه استبراء الأمة[3].

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٢.
(٣) انظر: الذخيرة: ٤/٢٨٨.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: بعد ذكر القولين، وقال ابن الماجشون: إن كانت أمة فحيضة، وإن كانت حرة فثلاث، وعن المغيرة أنه لا ينفيه إلا بعد خمس سنين، وله قولان آخران كقولي مالك.

فَائِدَةٌ: ليس عندنا حرة تستبرأ بحيضة إلا هنا، وليس عندنا أمة تستبرأ بثلاث إلا على قول المغيرة هنا، وفيمن ادعى سيدها وطئها فأتت بولد فنفاه، وأدعى أنه كان استبرأها.

(ص): **(فَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الاعتمادَ فِي الجميعِ فَفِي حَدِّهِ قَوْلان)**

(ش): هذا هو القذف المجرد، وقد تقدم هذا الفرع من كلام المصنف؛ لكن ذكره هنا لإفادة شيء لم يستفده من الأولى؛ لأن الأولى إنما هي باعتبار الرؤية، وقوله هنا: (فِي الْجَمِيعِ)؛ أي: في الرؤية ونفي الولد، ولأنه تكلم هنا على الحد، ولم يتكلم عليه فيما سبق، وقوله (فَفِي حَدِّهِ قَوْلانِ)، أي: قول بأنه يحد ولا يلاعن، وقول بأنه يلاعن ولا يحد، وقد تقدم القولان إذا رماها بالزنا، وكذلك حكى اللَّخْمِيُّ، وابْنُ يُونُسَ، وصاحب "البَيَان" القولين فيما إذا نفى الحمل نفيًا مطلقًا، وحمل ابن عبد السلام كلام المصنف على أن مراده بالقولين إذا قلنا: لا يلاعن، هل يحد أم لا؟ ثم اعترضه.

وقال: الذي أعرفه أن القولين أحدهما يلاعن ولا يحد[1].

والثاني: أنه يحد ولا يلاعن، وأما أنه لا يلاعن ولا يحد مع أنه قاذف فبعيد ليس بظاهر، وليس في كلام المصنف دلالة على ما قاله.

(ص): **(واللِّعَانُ بنفي الولدِ مع دعوى الرُّؤْيَةِ والاستبراءِ، وبالزِّنَا مع الرؤية كالشُّهُودِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ...)**

(ش): لما ذكر أسباب اللعان وما فيها من الاضطراب أراد أن يبين ما اتفق عليه منه، فذكر أنه اتفق على صورتين:

إحداهما: أن ينفي الولد مع دعوى الرؤية والاستبراء.

والثانية: أن يرميها بالزنى ويدعي رؤية ذلك، ويصف كالشهود، زاد بعضهم: وتكون المرأة حين الرؤية غير ظاهرة الحمل، وكذلك ذكر في "الْمُدَوَّنَةِ[2] " أن هذين الوجهين مجمع عليهما، وكذلك حكى الاتفاق فيهما اللخمي، وصاحب " الْبَيَانِ"،

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٩/٤٩٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٢.

وغيرهما، ولا إشكال في الصورة الثانية، وأما الأولى فقد تقدم أن ابن شاس حكى فيها عن المغيرة والسيوري، أنه ليس له أن ينفي الولد باجتماع الرؤية والاستبراء، وقد تقدم أن هذا القول وقع التنبيه عليه في بعض نسخ ابن الحاجب؛ لكن حكاية الاتفاق هنا يبعد ثبوته؛ لأنه حينئذ يتناقض كلامه، وزاد جماعة في المتفق عليه ما إذا أنكر الوطء جملة، أو قال لم أطأها منذ كذا وكذا، لمدة لا يلحق فيها النسب، وزاد اللخمي أن يقول: لم تلد الولد.

(ص): **(فلو تصادقا على نفي الولد - فروايتان، والأكثر لا ينتفي إلا بلعانه)**

(ش): هكذا ذكر القولين في "الْمُدَوَّنَةِ[1] " وذكر أن المرأة تحد؛ لإقرارها بالزنا على كلتا الروايتين.

ابْنُ يُونُس: وعلى رواية الأكثر إنما يلتعن الزوج فقط؛ لأن المرأة إنما تلتعن لدفع حد الزنا، لا لنفي الولد، إذ لا يصح نفي ما ولدته بخلاف الزوج.

قيل: والمسألة على وجهين:

أحدهما: أن تقول المرأة ليس الولد منك.

والثاني: أن تصدقه في الزنا، وتقول: الولد منك، وفيها ثلاثة أقوال:

قيل: ينتفي بغير لعان فيهما.

وقيل: لا ينتفي إلا بلعان فيهما[2].

وقيل: بالفرق؛ فإن صدقته في نفي الولد انتفى بغير لعان، وإلا ففيه اللعان، والأقرب ما ذهب إليه الأكثر؛ لأن تصديقها للزوج في أن الولد ليس منه إقرار على الغير.

ابْنُ رُشْدٍ: والقول بأنه ينتفي باتفاقهما يأتي على القول بأن من ادعى رؤية لا مسيس بعدها في ظاهرة الحمل، أنه ينتفي الولد بذلك، وهو شذوذ من القول.

ابْنُ الْقَاسِمِ: فإن رجعت المرأة فأكذبت بنفسها، فإن كان قبل الحكم لم يسقط نسب الولد، وعاد اللعان بينهما، فإن نكل الزوج لحق به الولد ولا يحد؛ لأنها مقرة، وإن رجعت بعده لم يقبل رجوعها.

وقال ابن الكاتب: لا يقبل رجوعها بعد إقرارها لما تعلق الزوج بذلك من الحق.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٣.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ١٧/٦.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وكان ينبغي أن يسقط الحد ويبقى الولد منفيًا كمن أقر بسرقة ورجع عنها، فإنه يغرم المال ولا يقطع[١].

خَلِيلٌ: وقد يفرق بينهما بتشوف الشرع هنا إلى لحوق النسب.

فَرْعٌ: قال ابْنُ الْقَاسِمِ في المطلق قبل البناء، وتقاررا على عدم المسيس، ثم مات الزوج وظهر بها حمل، فقالت: هو منه، فالولد يلحق به، ولا ترثه هي ولا يتم لها صداقها.

محمد: لأنها لم تثبت على قولها، وتصديقها فيه سقوط الولد على قول من يسقطه بتصديقها، ولا حد عليها؛ لأنها لم تقر بزنا.

محمد: والصواب أنه يتم لها الصداق؛ لأن الولد إذا لحق فقد، ولو تم لها المسيس، ولو مات قبل انقضاء العدة ورثته إذا كان الطلاق واحدة رجعية.

(ص): (**وله نفيه حيًا أو ميتًا**)

(ش): أي: للزوج نفي الولد حيًا أو ميتًا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: لا خلاف أعلمه في ذلك.

قال في "الْمُدَوَّنَةِ[٢]": وإن ولدت ولدًا ميتًا أو مات بعد الولادة، ولم يعلم به الزوج لغيبة أو غيرها، ثم نفاه إذا علم به، فإنه يلاعن؛ لأنه قاذف، وعلى هذا ففائدة اللعان بعد موته سقوط الحد عن الزوج[٣].

(ص): (**ولو استحلفه ميتًا لحق وحُدَّ، وَقِيلَ: إنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ**)

(ش): ظاهر قوله: (وَقِيلَ: إنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ)، أن الخلاف في الحد، ولا خلاف في حده، وإنما الخلاف في الإرث، ومذهب "الْمُدَوَّنَة[٤] " أنه يرث إن كان للولد الميت ولد، لا إن لم يكن، ففيها: ومن نفى ولدًا بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مال، فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به، وإن لم يترك ولدًا لم يقبل قوله؛ لأنه يتهم في ميراثه[٥]، ويحد ولا يرثه، ودليل "الْمُدَوَّنَة" أنه يرث من الولد السدس.

وقد قال ذلك فيمن شهد في وصية له فيها نصيب يسير أن شهادته جائزة.

وقال أشهب: لا شيء له، حكاه عنه البرقي وغيره، واختاره ابن القصار، وعلى هذا

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٢٧/٥.
(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٣.
(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٩٥/٦.
(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٤.
(٥) انظر: أشرف المسالك: ١٧٠/١، والتاج والإكليل: ١٩٦/٦.

فلا خلاف في ثبوت الحد وسقوط الميراث، إذا لم يكن للميت ولد، واختلف في الإرث إذا كان له ولد؛ لكن قيد فضل عدم إرثه إذا لم يكن للميت ولد، بما إذا كان المال كثيرًا، وأما إذا كان يسيرًا فإنه يرثه، فقيل لابن القاسم: فإن لم يكن له مال ولا ولد.

قال أصبغ: فرأيته لا يرى أن يلحق به، ورآه شيئًا واحدًا إذا لم يترك ولدًا.

أصبغ: إذا لم يترك ولدًا لم يلحق، وإن استلحقه، كان له مال أو لم يكن، وإنما يلحق به إذا كان له ولد، فيقع الإقرار على النسب.

أشهب: ولو كان الولد عبدًا أو نصرانيًا صدق ولحق به.

أبو إسحاق: لم يتهمه إن كان له ولد، وإن كان يرث معه السدس، فكذلك العبد والنصراني وإن كان لا يرثاه.

خَلِيلٌ: والذي ينبغي أن تتبع التهمة، فقد يكون السدس كثيرًا، فينبغي ألا يرثه، ولو كان للميت ولد، وقد يكون المال كله يسيرًا، فينبغي أن يرثه، وإن لم يكن له ولد.

(ص): **(ويكفي في الأولاد المتعدِّدَةِ لِعَانٌ واحدٌ)**

(**ش**): يعني: إذا ولدت أولادًا عدة، واحدًا بعد واحد، وكان الزوج غائبًا، ثم قدم ونفى الجميع، فإنه يكفيه لعان واحد[1].

فرعان:

الأول: إذا قدم من سفره فوجد ولدًا فنفاه، فذلك على ضربين:

أحدهما: أن يقول: لم تلديه.

والثاني: أن يقول: ولدتيه ولكن ليس مني، فأما الأول، فهو أن ينكر أن تكون ولدته جملة.

فقال الْبَاجِيُّ: قال ابْنُ الْقَاسِمِ في "الْمَوَّازِيَّةِ": هو منه إلا أن ينفيه بلعان.

وقال أشهب: المرأة مصدقة ولعان فيه؛ إلا أن يقصد بذلك نفي الولد منه، فيلاعن[2].

ابْنُ الْقَاسِمِ: فإن نكل بعد أن نفاه على هذا الوجه، ولم يلاعن لم يحد، وأما الوجه الثاني فإنه لا ينفيه إلا بلعان.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٧٧، والتاج والإكليل: ٦/١٩٨.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٥٤٠، والاستذكار: ٦/٩٦.

الثاني: قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": واختلف فيمن قذف أربع نسوة في كلمة واحدة، فقال الأبهري: لست أعرفها منصوصة، والذي يجيء على مذهبنا أن يلاعن لكل واحدة؛ لأن اللعان بمنزلة الشهادة، ولو أتى بالشهود لزم أن تعتبر الشهادة على كل واحدة بانفرادها، ويحتمل أن يجزيه لعان واحد، كما لو قذف جماعة بكلمة واحدة، وكما لو ظاهر منهن، فإنه تكفيه كفارة واحدة، وحكي عن إسماعيل القاضي ما يؤخذ منه الاكتفاء بلعان واحد[1].

وقال اللَّخْمِيُّ: وقال محمد فيمن قذف امرأتيه، فقامت عليه إحداهما، فقال: كذبت عليك، جلد الحد، ثم قامت الأخرى فلا حد عليه؛ لأن ذلك الضرب لكل من قذف قبل ذلك؛ فإن قال لها بعد أن ضرب: قد صدقت عليك، أو على صاحبتك، كان عليه الحد؛ إلا أن يلاعن، وسواء قال ذلك لمن قامت عليه أم لا، هذا قول ابن القاسم.

وقال عبد الملك: يحد للأولى، ولا لعان له فيها؛ لأنه قذف ثان قد أكذب نفسه فيه.

محمد: ولو قال للثانية: أما أنت فقد صدقت عليك، وكذبت على صاحبتك، لاعن الثانية، وقول ابن القاسم هنا، أنه يلاعن الأولى إذا رجع بعد أن كذب نفسه، خلاف المعروف من المذهب، وخلاف الأصول. انتهى.

(ص): (**وكَذلِكَ في الزِّنَا والوَلَدِ جَميعًا**)

(**ش**): يعني: إذا قال: هذا الولد ما هو مني، وزنيت قبل الحمل أو بعده، فإنه يكفي فيهما أيضا لعان واحد؛ لأن حاصل قوله راجع إلى قذف المرأة بالزنا مرات، وكما اكتفي لذلك الحد الواحد، كذلك اكتفي بلعان واحد[2].

(ص): (**ومَنَعَه عَبْدُ الملك في الحَمْلِ لجوازِ انْفِشَاشِه، ورُدَّ بَأَنَّ العَجْلانِيَّ وَغَيْرَهُ لاعَنَ فِي الْحَمْلِ لِظُهورِهِ كَإِيجَابِ النَّفَقَةِ وَالرَّدِّ بالعيبِ...**)

(**ش**): يعني: اختلف فيمن نفى حملا ظاهرًا، فالمشهور أنه يعجل كما يقضى للمطلقة بنفقة الحمل، إذا ظهر حملها، وكما يجب الرد للمشتري إذا اشترى جارية وظهر حملها، ولا يؤخر فيها إلى الوضع، ومنع عبد الملك اللعان قبل الوضع خشية أن ينفش، ورواه عن مالك، والفرق على قوله بين اللعان، وما ذكر أن اللعان ترتب عليه

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٨٠، والتاج والإكليل: ٦/٢٠١.

(٢) انظر: التلقين: ١/١٤٥.

أمور عظام من فسخ النكاح والحرمة على التأبيد ووجوب الحد، واستدل محمد للمشهور بأن قال: السنة أن يلاعنها حاملا، وقد لاعن النبي صلى الله عليه وسلم في عويمر وامرأته حامل، وإلى هذا أشار بقوله: (وَرُدَّ بأن العجلانيَّ وغيره لاعَنَ فِي الْحَمْلِ)[١].

اللخمي وغيره: وليس هذا الرد بالبين؛ لأن عويمر أو هلال بن أمية لم يكن سبب لعانهما إنكار الحمل، وإنما كان السبب في لعانهما الرؤية، نعم كانت امرأة العجلاني حاملا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن جاءت به على وجه كذا... وإلا فقد كذب عليها".

اللَّخْمِيُّ: والخلاف إنما هو إذا لم تكن رؤية، أو كانت ولم تقع بقذفها.

(ص): **(ولو انفَشَّ الحمل لم تحلَّ أبداً إذ لعلها أسقطته وكتمته)**

(ش): هذه المسالة وقعت هنا في أكثر النسخ، وسقط من بعضها، وتصورها ظاهر، وقوله: (**إِذْ لَعَلَّهَا أَسْقَطَتْهُ وَكَتَمَتْهُ**) نحوه في "الْمُدَوَّنَةِ[٢]"، وتقديره أن التحريم على التأبيد ثابت لحصول سببه، وهو اللعان، ورافعه وهو انفشاش الحمل مشكوك فيه؛ لاحتمال أن تكون أسقطته وكتمته، فلا يؤثر هذا الشك في ذلك المحقق، وظاهره وهو الذي صرح به ابن عبد الحكم، أنه لو تحقق أنه أنفش بحيث لا يشك في ذلك، مثل أن تلازمها بينة ولا تفارقها إلى انقضاء أمد الحمل، أن ترد إليه لزوال الشك، قيل: وقول ابن عبد الحكم تفسير لـ " للمدونة".

وقال الْبَاجِيُّ: إذا قلنا برواية ابن القاسم أنه يلاعن بظهور الحمل، فتلاعنا، ثم انفش الحمل، لم يحد الزوج، ولم تحل له أبدًا، قاله ابن المواز، ووجه ذلك أن حكم اللعان قد ثبت بينهما، فلا يزول بما يتبين من الكذب، كما لو أقر الزوج بالحمل، وفهمه ابن عبد السلام على أنه خلاف للأول.

وقال: الأول عندي أولى؛ لأنه أوفق لقول مالك؛ إن أراد الباجي[٣] بقوله تفسير قول مالك، وفيه نظر، ويمكن ألا يكون ما قاله الباجي مخالفا لما قاله ابن عبد الحكم.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٤.

(٣) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد الباجي، الأندلسي، كان فقيها محدثا، صنف المنتقى في شرح الموطأ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ١١/٢٧١.

(ص): (ولا يجوزُ أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى عَزْلٍ)

(ش): لما قدم ما يعتمد عليه في نفي الحمل، أخذ يتكلم هنا فيما يتوهم أنه مانعًا وليس بمانع؛ أي: لا يجوز له أن يعتمد في نفي الحمل على عزل؛ لأنه قد يسبقه الماء ولا يشعر به.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وأشار بعض الشيوخ إلى اعتباره في الإماء[1].

(ص): (ولا مُشَابَهَةٍ لِغَيْرِه وَلَوْ بِالسَّوَادِ)

(ش): لما في "الصحيح " عن أبي هريرة، أن أعرابيا قال للنبي صلى الله عليه وسلم: إن امرأتي قد ولدت غلامًا أسود، وإني قد أنكرته، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: مَا لونُهَا؟ فقَالَ: أحمر، فقَالَ: هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ؟ فقَالَ: نَعَمْ، فقَالَ له النبي صلى الله عليه وسلم: فَأَنَّى هو يكون؟ فقَالَ: لعله يكون نزعه عرق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: وهذا لعله يكون قد نَزْعَه عِرْقٌ"[2].

زاد البخاري: (ولم يرخص له في الانتفاء منه).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ففهم الأئمة من هذا الحديث أن الأشباه لا يعتمد عليها، وأراد اللخمي أن يسلك بذلك مسلك التعليل، وزاد: فألزم عكس العلة، فقال: ولو كان الأبوان أسودان قدما من الحبشة، فولدت أبيض، فانظر هل ينفيه بذلك؛ لأنه لا يظن أنه كان في آبائه أبيض؛ أي: لأنه لا يمكن أن يقال هنا، لعله عرق نزعه.

(ص): (ولا على الوطءِ بيْنِ الفخذَيْنِ إن أنزل)

(ش): لاحتمال أن يكون وصل من مائه شيء إلى الفرج، قالوا: وكذلك الوطء في الدبر، واستشكل الباجي هذا، فقال: يبعد عندي أن يلحق الولد من الوطء في غير الفرج، ولو صح هذا لما جاز أن تحد امرأة يظهر بها حمل ولا زوج لها؛ لاحتمال أن

(١) انظر: الذخيرة: ٤/٢٩٤.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري: برقم (٦٨٤٧) ومسلم، برقم (١٥٠٢).

قال ابن بطال: اختلف العلماء في هذا الباب. فقالت طائفة: لا حدّ في التعريض، وإنما يجب الحدّ بالتصريح البين. روي هذا عن ابن مسعود وقاله القاسم بن محمد والشعبي، وإليه ذهب الثوري والكوفيون، وقالت طائفة: التعريض كالتصريح. روى ذلك عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان وعروة والزهري وربيعة، وبه قال مالك والأوزاعي. قال مالك: وذلك إذا علم أن قائله أراد به قذفًا فعليه الحد.

يكون من وطء في غير الفرج[١].

(ص): (ولا وطء بغير إنزالٍ قبله إن كان أنزل قبْلَهُ ولم يَبُلْ)

(ش): أي: لاحتمال أن يكون بقي من الماء شيء، في قناة الذكر، ولهذا إذا بال جاز له الاعتماد؛ لأنه لا يبقى شيء بعد البول.

(ص): (ويُلاعِنُ الأخرسُ بالإشارةِ والكتابةِ إن فُهِمَ)

(ش): كما يصح بيعه وشراؤه ونكاحه وطلاقه، والزوجة الخرساء كذلك، في "العتبية" في المرأة الصماء البكماء، يقذفها زوجها، أنها تلاعن بما يفهم منها بالإشارة.

(ص): (وَيُلاعن الأعمى في نفي الولدِ وفي القذفِ)

(ش): لا إشكال في ملاعنته في نفي الولد، وأما القذف فملاعنته فيه متفق عليها من حيث الجملة؛ لكن هل يعتمد على يقينه أو لا يعتمد إلا على مسيس الفرجين؟ قولان قد تقدما[٢].

(ص): (أما إذا تبيَّن انتفاؤه عنه - بأن نكح مشرقيٌّ مغربية فأتت بولد من غير إمكان وطء، أو كان لأقل من ستة أشهر من العقد، أو هو صبيٌّ صغير حين الحمل، أو كان مجبوباً - فلا لعان...)

(ش): صورة ذلك أن يعقد المشرقي وهو في المشرق النكاح على امرأة مغربية وهي بالمغرب، ويتولى عقد النكاح بينهما؛ إما أبوها وهي بكر، أو وكيلها وهي ثيب، وخالفنا في ذلك أبو حنيفة فألحق الولد، وتمسك بعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ وبقوله صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ"[٣] وخص أهل المذهب الآية والحديث، بما إذا كان الوطء ممكنا في العادة، وقوله (أقرب)، وقوله: **(أَوْ كَانَ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ العَقْدِ)** تقديره: أو كان الولد الذي أتت به غير السقط لأقل من ستة أشهر من حين العقد، ينتفي بغير لعان؛ لأنه لا يمكن أن تضع لأقل من ستة أشهر، وقوله: أو هو صغير أو محبوب؛ أي: فينتفي الولد أيضًا عنهما بغير لعان لعدم إمكان الحمل فيهما في العادة.

(ص): (فإن نسبها إلى استكراهٍ أو وطء شُبْهَةٍ لاعن لنفي الولدِ ولم تُلاعِنْ هي إذا

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٥٠٧/٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٢٢/٦.

(٣) أخرجه البخاري، برقم (٢٠٥٣) ومسلم، برقم (١٤٥٩).

ظهر الغَصْبُ...)

(ش): نحوه في "الجواهر"، ولفظه: فلو نسبها إلى زنى هي مستكرهه فيه، التعن هو لنفي الولد، ولم تلتعن هي إذا ظهر الغصب، إذ يمكن أن يكون منه.

قال ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ظاهر هذا الكلام أنه لا يلاعن إلا إذا كان عن الغصب حمل، أو كان يخشى ذلك، فإن فقد فلا لعان، وظاهر الروايات وخلافه، ففي "الْمُدَوَّنَةِ[١]": إذا قذفها وقد كانت وطئت غصبًا التعن، قال غيره: وإن قذفها برؤية غير الغصب تلاعنا جميعاً، فأما إن غصبت واستمرت حاملا، ونفي الولد لم ينتف الولد إلا بلعان، ولا تلاعن هي، إذ تقول: إن لم يكن منك فمن الغاصب[٢].

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: فلم يتعرض ابن القاسم إلى الولد بوجه، مع أنه أثبت اللعان، واختلف الشيوخ في كلام غيره، هل هو تفسير أو خلاف؟ والأقرب أنه تفسير، وأن ابن القاسم تكلم على ما إذا لم يظهر حمل عن ذلك الغصب، وتكلم غيره على ما إذا ظهر، واعلم أن المسألة على صورتين:

إحداهما: أن يظهر الغصب أو يثبت، وهذه هي التي تكلم عليها المصنف.

اللَّخْمِيُّ: وإذا ثبت الاغتصاب ببينة، كان كثبوت الزناء، فيختلف إن قال: ليس مني، وقد كنت استبراتها؛ هل ينفيه بلعان أبو غيره؟ واختلف قول ابن القاسم إذا كذبته، وقالت: هو منه، وإذا كان الحكم لا ينتفي إلا بلعان؛ فإن اللعان على الزوج وحده، فإن نكل لم يحد، وإن لاعن لم يكن عليها لعان؛ لأنها تقول: يمكن أن يكون من الغاصب، وأرى ألا ينتفي إلا بلعان، لاتفاقهم إذا كانت الزوجة أمة أو نصرانية، أنه لا ينتفي إلا بلعان، وإن كان لا حد عليه في قذفها.

الصورة الثانية: ألا يثبت الغصب ولا يظهر، وهي أيضاً تنقسم إلى صورتين:

الأولى: أن تصدقه.

والثانية: أن تنكر الوطء جملة؛ فإن صدقته لم ينفه إلا بلعان، وتلاعن أيضاً هي.

ابن المواز، وابن عبد الحكم: وتقول: ما زنيت، ولقد غلبت على نفسي، وكذلك قال ابن القاسم[٣].

وتقول: بالله إني لمن الصادقين ما أطعت.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٤.
(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٣٠.
(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٥٤٢.

وتقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين.

محمد: ويفرق بينهما؛ فإن نكلت رجمت.

اللَّخْمِيُّ: ولا نعلم لرجمها وجهاً؛ لأن الزوج لم يثبت عليها في لعانه زني، وإنما أثبت غصباً، فلا لعان عليها، كما لو أثبتت البينة الغصب، ولو لاعنته لم يفرق بينهما؛ لأنها إنما أثبتت بالتعانها الغصب، وقد صدقها الزوج، ولها أن تقول في الأربع: أشهد بالله إنه لمن الصادقين، ولقد صدق، وهذا خارج عما ورد في القرآن مما يوجب الحد بنكولها، أو يوجب الفراق إن نكلت، فإن قيل: لم قال ابْنُ الْقَاسِمِ فيما إذا تصادق الزوجان على الغصب أن الولد لا ينتفي إلا بلعان، بخلاف ما إذا تصادقا على الزنا؟ فالجواب أن الزانية لما كانت تحد لإقرارها بالزنى انتفت عنها التهمة، بخلاف التي أقرت بالغصب؛ فإنه لا حد عليها، فلم تصدق في رفع النسب، قاله صاحب " النكت".

وأما الصورة الثانية: وهي إذا ادعى الغصب وأنكرته هي، فقال اللَّخْمِيُّ: على قول محمد يلتعنان جميعًا.

قال: والصواب إذا التعن ألا لعان عليها؛ لأن الزوج إنما أثبت في التعانه أنه اغتصابًا[1].

فرعان:

الأول: إذا نكل الزوج عن اللعان مع ثبوت الغصب بالبينة، وتصادقا عليه، لم يحد، وكذلك إن ادعاه وأنكرته؛ لأن محمل قول الزوج محمل الشهادة، لا محمل التعريض، قاله محمد وغيره.

الثاني: إذا قالت: كنت مغتصبة، وقال: بل كنت طائعة؛ وهي مقرة بالوطء، مدعية للغصب.

اللَّخْمِيُّ: فعلى قول ابن القاسم، تحد، ولا لعان على الزوج، وعلى قول أشهب، لا تؤخذ بغير ما أقرت به، ويلتعن الزوج، فإن نكل لم يحد، للاختلاف[2].

(ص): **(فإن كانت صغيرَة يُوطَأُ مِثْلُهَا لاعن هُوَ دُونَهَا)**

(ش): أي: كانت الصغيرة المطيقة للوطء، لا يخشى منها الحمل.

فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: يلاعن وإن نكل حُدَّ، ولا لعان عليها؛ لأنها لو أقرت بالزنى لم

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٩٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٨٢.

تحد، وهو جار على المشهور أن من قذف صبية غير بالغة يمكن وطؤها يحد.

وقال ابن الماجشون: لا حد على من قذف من لم تبلغ من الإناث، فعلى هذا لا يلاعن ولا يحد، وخرج اللخمي ثالثًا، أنه يحد ولا يلاعن من أحد قولي مالك أن اللعان إنما يكون لنفي الحمل خاصة.

وأما إن كانت في سن من يحمل فله أن يلاعن بالاتفاق إن ادعى رؤية، وهل يجب؟ فعلى المشهور يجب، وعلى قول ابن الماجشون لا يجب، وإذا التعن وقف أمرها، فإن ظهر حمل لم يلحق به، ووجب عليها اللعان؛ لأن الحمل لا يصح إلا من بالغ، وظهوره يبين أنها كانت بالغًا يوم وطئت، فإن نكلت حدت حد البكر، لإمكان أن يكون بلوغها بعد إصابة الزوج وقبل الإصابة التي رماها به، ولو لم تقم هي بقذفها حتى ظهر الحمل، وجب عليها اللعان باتفاق، فإن نكل حد؛ لأنه قاذف لبالغ، ولحق به الولد، وإن وجب عليها اللعان، ونكلت حدت حد البكر، وإن كانت ممن قعدت عن الحيض وادعى رؤية، تلاعنا على قول ابن القاسم، وأحد قولي مالك، وعلى أن اللعان لنفي الحمل خاصة يحد الزوج[1].

(ص): **(وشَرْطُه فِي الوَلَد أن لا يطأَ بَعْدَ الرُّؤية أو العِلْم بالوضعِ أو الحملِ وَأَن لا يُؤَخِّرَ بَعد العلمِ بالوضعِ أَوِ الحملِ...)**

(**ش**): أي: وشرط اللعان في نفي الولد ألا يطأها بعد الرؤية والعلم بالوضع أو الحمل؛ لأن وطئها رضًى منه بالبقاء، والنفوس لا تطيق الكتمان في مثل هذا، فإذا سكت دل ذلك على أن الولد منه.

وقوله: (وأن لا يؤخر) وشرطه إذا علم بالوضع أو الحمل ألا يؤخر رفعها، فإن أخر ذلك، قال في "الْمُدَوَّنَةِ[2]": يومًا أو يومين لم ينفعه نفيه، ويلحق به، وتبقى له زوجة مسلمة كانت أو كتابية، ويحد للحرة المسلمة، ولا يحد للأمة ولا الكتابية.

قال فيها: وأما إن قدم من سفر فله أن ينفي الحمل، وإن كان ظاهرًا، وقيد عبد الوهاب ذلك بما إذا لم يكن له عذر، وأما إن كان له عذر في ترك الإنكار اليوم واليومين، يريد أو أكثر فلا يدل ذلك على الرضا، وهو ظاهر، وخالف في ذلك ابن القصار.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٥.

فقال: إذا أخر ذلك حتى وضعت، وقال: رجوت أن يكون أن ذلك ريحًا فأستريح منه، فله ذلك؛ إلا أن يجاوز ثلاثة أيام بعد الوضع، أو يظهر منه ما يدل على الرضى، مثل أن يقبل التهنئة قبل الثلاث، وقيد المصنف الشرط بالولد؛ لأن بعضهم حكى في الرؤية إذا لم يكن عنها حمل، أن السكوت الطويل لا يمنع من اللعان، وإنما يمنع منه الوطء، وروى مُحَمَّدٌ، وابْنُ حَبِيبٍ، عَنِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، أنه إذا ادعى رؤية قديمة، ثم قام بها الآن، ألا يقبل قوله، ويحد؛ لأن سكوته حين رؤيته دليل على كذبه، وذكر ابن شعبان أنه إذا لم يقم حين رآها يحد، وإطلاق المصنف الشرط على هذا، هو اصطلاح الفقهاء؛ لأنهم يرون كلما يوقف عليه الشرط يسمي شرطًا، وإلا فأهل الأصول يرون مثل هذا مانعا، ويقولون: كلما يشترط عدمه، فوجوده مانع[1].

(ص): **(وَصِفَتُه أن يقولَ أربعَ مرَّاتٍ: أشهدُ بالله - وَقَال محمدٌ: يزيدُ الذي لا إله إلا هو- لرأيتها تَزْنِي، وقيلَ: ويَصِفُ كالشهودِ، وَقِيلَ: يَكْفِي لزنت على الخلاف المتقدِّم...)**

(ش): أي: وصفة اللعان أن يشهد الرجل أربع مرات، فيقول: أشهد بالله، وقيل: يجوز أن يقول: أقسم بالله، وأشهد بعلم بالله.

وقيل: يجوز أن يقول: أقسم بالله، وأشهد بعلم الله.

وقال بعضهم: ويجزئ بعزة الله، وإذا أجازه بالصفة، فأحرى بأسمائه تعالى.

المازري: والمنصوص أنه لا يجزئ في أسمائه إلا بالله، وزاد محمد بعد قوله أشهد بالله: الذي لا إله إلا هو، وزاد ابن كنانة في "الْمَجْمُوعَةِ " على زيادة محمد: عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم[2].

قال في "الْمَجْمُوعَةِ": يقول ذلك في (اللعان)، وفي (القسامة) وفى (ربع دينار) فصاعدًا، وعن أشهب إن لم يزد: الذي لا إله إلا هو لا يجزئه ذلك.

وقوله: (لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي... إلخ)، على القول بأنه يعتمد على مطلق الرؤية، ويقول في يمينه: أشهد بالله لرأيتها تزني، وعلى القول بأنه لا يعتمد إلا على الوصف، كالشهود، يقول: رأيتها تزني، يلج فرج الرجل في فرجها، كالمرود في المكحلة، وعلى القول بأنه يعتمد على يقينه كالأعمى، يقول في يمينه: أشهد بالله لزنت، وهذا معني قوله: على

---

(١) انظر: التلقين: ١/١٤٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠.

الخلاف المتقدم، وظاهر كلام المصنف أنه اختلف ابتداء، هل يزيد: الذي لا إله إلا هو، وظاهر ما حكاه غيره، أنه يقوله، وإنما الخلاف إذا تركه.

خَلِيلٌ: وفيه نظر، وقد ذكر المتيطي وابن شاس القولين كالمصنف.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وسكت المؤلف هل يقول مع كل مرة إني لمن الصادقين، وذكر أصبغ عن ابْنِ الْقَاسِم أنه يقول في كل مرة، أشهد بالله إني لمن الصادقين لرأيتها تزني، وهذا أسعد بظاهر الآية.

(ص): **(وَفِي نَفْيِ الْحَمْلِ: لَزَنَتْ، أَو: مَا هذَا الحملُ مِنِّي، وَقِيل: لا بُدَّ من ذكر سببِ الاعتمادِ كَالأَوَّلِ، وَيقُولُ في الخامسةِ: أَنَّ لعنةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ)**

(ش): أي: ويقول الرجل في نفي الحمل: لزنت، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]"، وقوله: (أَوْ: مَا هَذَا الحملُ مِنِّي)، هو قول محمد، واستحب في "الْمَوَّازِيَّةِ"، و"الْعُتْبِيَّةِ"، أن يزيد بعد قوله: ما هذا الحمل مني، لزنت كالمرود في المكحلة، وقوله: (وَقِيلَ: لا بدَّ من ذكر سبب الاعتمادِ).

هذا القول نقله ابن شعبان، فقال: وقال بعض أصحابنا: ويقول: لقد استبرأت.

اللَّخْمِيُّ: وأرى أن يكون اللعان مبنيًا على الوجه الذي ينفي به ذلك الولد، فيثبت ذلك في لعانه، وقد اختلف في الوجه الذي به يكون النفي، هل الاستبراء بانفراده أو الرؤية بانفرادها، أو بمجموع ذلك؟ فمن أجاز نفيه بالاستبراء فقط أثبت في لعانه الاستبراء، وعلى الرؤية يثبتها فقط، وعلى القول بأنه لا بد من الجميع يثبت الجميع في لعانه.

قوله: (الأولى) سقط هذا من بعض النسخ، وثبت في نسخة ابن عبد السلام، فقال: ومراده كالصورة الأولى التي فوق هذه، ووقع في أكثر النسخ كالأول؛ أي: كالفرع الأول، كما كان في الزنا، لا بد أن يذكر معتمدة في الرؤية، فكذلك هنا لا بد أن يذكر الاستبراء، وانظر مذهب "الْمُدَوَّنَة[٢]" بأنه لا يلزم من قوله: (زنت)، أن يكون الحمل من غيره.

قوله: (ويقولُ في الخامسةِ: أنَّ لعنةَ اللهِ عليهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكاذبينَ) هو نص الآية،

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٥.

وأتى المصنف بـ (أنَّ) تبعًا للآية الكريمة، و"الْمُدَوَّنَة[١]"، وفي "الجلاب"، و"الكافي": لعنة الله عليه من غير (أن)، وعلى هذا فلا يكون ذكر أن واجبًا، ولكن ينبغي أن يكون أولى[٢].

(ص): **(وتقولُ المرأة أربع مرات: أشهد بالله ما رآني أزني، أو ما زنيت أو لقد كذب للجميع، وفي نفي الحمل: ما زنيت - للأول - وإنه منه - وقيل: وتعكس - ولقد كذب للجميع؛ وفي الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين)**

(ش): أي: وتقول المرأة في القذف أربع مرات: أشهد بالله ما رآني أزني.

(للأول)؛ أي: القول الأول، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[٣]" الذي تقدم؛ أعني قوله: (لرأيتها تزني)، وقوله: (مَا زَنَيْتُ)، هذا على القول بأنه يكتفي بقوله: (لزنت).

وقوله: (وفِي نَفْيِ الحَمْلِ)؛ أي: وتقول في نفي الحمل: (مَا زَنَيْتُ)، على مذهب "الْمُدَوَّنَة[٤]" (وَإِنَّهُ مِنْهُ) على قول ابن المواز.

قوله: (وقيل للجميع وتعكس)؛ أي: وقيل: يفتقر الرجل للجميع وتعكس المرأة، وذلك أنه قدم أنه يكتفي على المشهور بقوله: لزنيت، وأنه يكتفي على قول محمد، بـ(ما هذا الحمل مني)، وهذا القول يرى أنه لا بد منهما، وهو لأصبغ، ونصه على نقل اللخمي[٥].

وقال أصبغ: يقول: أشهد بالله لزنت، وما هذا الحمل مني، وتقول هي: ما زنيت وإنه لمنه، ويمكن أن يكون قوله: (وقيل للجميع وتعكس)، أن ذلك خاص بالمرأة، ويكون التقدير، وقيل: تفتقر المرأة للجميع وتعكس، وذلك أنه قدم أنها تقول على مذهب "الْمُدَوَّنَة[٦]": ما زنيت.

وعلى قول محمد: (وإنه منه) أي: وقيل على كلا القولين لا بد أن تثبت مجموع اللفظين؛ لأنه إذا قال: زنت؛ لزم منه نفي الحمل، وإذا قال، على قول محمد: ما هذا الحمل مني؛ لزم منه الزنا، فترد ما ادعاه عليها تصريحًا والتزامًا، غير أنها تقدم في لفظها ما ذكره تصريحا، فإذا قال على مذهب "الْمُدَوَّنَة[٧]": لزنت؛ تقول هي: ما زنيت وإنه

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٦.
(٢) انظر: الذخيرة: ٤/٢٩٩.
(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٦.
(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٧.
(٥) انظر: حاشية الدسوقي: ٩/٥٠٨.
(٦) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٧.
(٧) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٧.

منه، وإن قال على مذهب محمد: ما هو مني؛ تقول هي: إنه منه، وما زنيت، فيكون، وتعكس على هذا التقدير، ما كان مؤخرًا على القول الآخر، ولم نقلا يساعد هذا الوجه، فليعتمد على الأول، وقوله: (ولقد كذب للجميع)، أي: لجميع الأقوال؛ أي: سواء.

قال: لزنت، وما هذا الحمل مني، أو ذكرهما.

قوله: (وفي الخامسة)، تصوره ظاهر ويقول الرجل: أن لعنة الله، متصلة بيمينه الخامسة، وكذلك المرأة، ولا يفرد اللعنة بيمين لئلا يحلف ستة، قاله ابن القاسم.

(ص): **(ويتعيَّن لفظُ الشهادةِ واللعنِ والغضبِ بَعْدَها)**

(ش): يعني: يتعين أن يقول كل واحد منهما: أشهد، ولا يجزئ أحلف ولا أقسم على المشهور كما تقدم، ويتعين اللعن في حق الرجل والغضب في حق المرأة، هكذا قال عبد الوهاب في شرح الرسالة، أن النظر يقتضي ألا يجزئ إذا بدل اللعنة بالغضب، وبالعكس.

أصبغ: وإن قال في الخامسة مكان (إن كنت من الكاذبين)، (إن كنت كذبتها)، أجزأه، وإن قالت المرأة في الخامسة، مكان إن كان من الصادقين: إنه لمن الكاذبين أجزأها، وأحب إلينا لفظ القرآن.

الْبَاجِيُّ: فأشار إلى لفظ اللعان غير متعين إلا أن لفظ القرآن أفضل، وظاهر قول ابن وهب في "الْموازية" أنه يتعين بلفظ القرآن.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وأشار بعض أهل المعاني إلى أن الغضب أشد، فعلى هذا إن أبدلت المرأة الغضب باللعنة لم يجزها، وأعادت الخامسة على سنتها، وإن أبد الرجل أجزأه؛ فإن قلت: لم اختص الرجل باللعنة واختصت المرأة بالغضب.

قيل: لأن قاعدة الشرع المجازاة على الفعل من جنسه، يشهد لذلك قوله تعالى ﴿فَأَمَّا مَنْ أَعْطَى وَاتَّقَى...﴾ [الليل: ٥] إلى آخرها، وما ورد في الحديث: "مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِشَيْءٍ عُذِّبَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، ومَنْ حَلَفَ بِاللاتِ وَالْعُزَّى، فَلْيَقُلْ: لا إِلَهَ إِلا اللهُ، وَمَنْ قَالَ لِصَاحِبِهِ تَعَالَ أُقَامِرْكَ فَلْيَتَصَدَّقْ"[(١)]؛ لأن الحلف بغير الله يتضمن تعظيمه، فكانت

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٤٨٦٠) ومسلم، برقم (١٦٤٩) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

قال ابن بطال: قال المهلب: كان أهل الجاهلية قد جرى على ألسنتهم الحلف باللات والعزى، =

كفارته التوحيد، وقد قصد إخراج مال في غير وجه، فكانت كفارته أن يخرج مالا في وجهه، ولما كان الزوج مبعدًا لزوجته ونسبه، ناسب أن يذكر اللعنة، ولما كانت المرأة مغضبة لزوجها ووليها وأهلها، ناسب أن تذكر الغضب، والله أعلم.

(ص): **(فلو بدأتِ المرأةُ باللعانِ، فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: لا يُعَادُ، وَقَالَ أشهب: يُعاد)**

(ش): لا خلاف أن الرجل يبدأ باللعان، وهو الذي دلت عليه الآية، ووقع في حديث عويمر، وذكر عبد الوهاب أن المذهب فيها إذا أخطأ، وقدم المرأة إعادتها، ونقل ابن الكاتب، واللخمي، وصاحب " الْبَيَانِ"، عن ابْنِ الْقَاسِم، وأشهب، مثل ما نقله المؤلف، وجعل في "الْبَيَانِ" منشأ الخلاف، هل تقديم الرجل واجب أو لا، وقاس أشهب عدم الإجزاء على ما إذا حلف الطالب قبل نكول المطلوب، فإنه لا يجزئ واختار ابن الكاتب، واللخمي قول أشهب.

قال في "الْبَيَانِ": والخلاف إنما هو إذا حلفت المرأة أولا كما يحلف الرجل، لا على تكذيب أيمانه، فقالت: أشهد بالله إني لمن الصادقين ما زنيت، وأن حملي هذا منه، وقالت في الخامسة: غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين، فهاهنا قال ابْنُ

=

فلما أسلموا ربما جروا على عادتهم من ذلك من غير قصد منهم فكان من حلف بذلك فكأنه قد راجع حاله إلى حالة الشرك، وتشبه بهم في تعظيمهم غير الله، فأمر النبي - عليه السلام - من عرض له ذلك بتجديد ما أنساهم الشيطان أن يقولوا: لا إله إلا الله، فهو كفارة له، إذ ذلك براءة من اللات والعزى ومن كل ما يعبد من دون الله. قال الطبري: وقول ذلك واجب عليه مع إحداث التوبة، والندم على ما قال من ذلك، والعزم على ألا يعود، ولا يعظم غير الله.

ولم يختلف العلماء أن القمار محرم، وكره مالك اللعب بالنرد وغيرها من الباطل. وقال: من أدمن اللعب بها فلا تقبل له شهادة. ومن قال: أقامرك فليتصدق: فهو على معنى الندب عند العلماء، لا على الوجوب، لأن الله لا يؤاخذ العباد بالقول في غير الشرك حتى يصدقه الفعل أو يكذبه، ولو أن رجلا قال لامرأة: تعالى أزني بك، أو قال لآخر: تعال اشرب معك الخمر أو أسرق، ثم لم يفعل شيئًا من ذلك، لم يلزمه حد في الدنيا ولا عقوبة في الآخرة، إذا كان مجتنبًا للكبائر. لكن ندب من جرى مثل هذا القول على لسانه، ونواه قلبه وقت قوله أن يتصدق، خشية أن تكتب عليه صغيرة أو يكون ذلك من اللمم وكذلك ندب من حلف باللات والعزى أن يشهد شهادة التوحيد والاخلاص، لينسخ بذلك ما جرى على لسانه من كلمة الاشراك والتعظيم لها، وإن كان غير معتقد لذلك. والدليل أن ذلك على الندب أن الله لا يؤاخذ العباد من الإيمان إلا بما انطوت الضمائر على اعتقاده وكانت به شريعة لها، وكل محلوف به باطل فلا كفارة فيه، وإنما الكفارات في الأيمان المشروعة. انظرك شرح ابن بطال: ٧٤/٩، و٩٩/٦.

الْقَاسِمِ يلتعن الرجل فيقول: أشهد بالله إنما لمن الكاذبين، ولقد زنت وما هذا الحمل مني، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كانت من الصادقين، وأما إن حلفت المرأة أولا، فقالت: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وقالت في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فلا خلاف بين ابن القاسم وأشهب في إعادة المرأة؛ لأنها حلفت على تكذيب أيمان الزوج، وهو لم يتقدم له يمين. انتهى.

فإن قلت: لم خولفت القاعدة في اليمين هنا وفي القسامة؛ لأن الزوج وأولياء المقتول مدَّعون، والقاعدة إنما يحلف أولا المدَّعى عليه؟

قيل: أما الملتعن فإنه مدع ومدعى عليه، ولذلك يحلف هو والمرأة، وبدئ باليمين؛ لأنه لما قذفها طالبته بحقها، احتاج لذلك أن يحلف إذا صار مدعى عليه الحد، وأما أولياء المقتول فإنهم مدعى عليهم حكمًا، وإن كانوا مدعين في الصورة، فإن المدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل، وهم كذلك ترجح قولهم باللوث، والله أعلم[1].

(ص): (ويَجِبُ في أشرفِ أَمْكِنَةِ البلد)

(ش): نحوه في "الجواهر"، وكذلك قال الباجي، وابن راشد: إن التغليظ بالمكان شرط؛ لأنها يمين فيما له بال تحتاج إلى التغليظ، فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق، وعليه جماعة العلماء هذا نص كلامهما، وهو مقتضى كلام عياض وغيره.

وقال ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ليس هذا واجب، بل أولى، وعبارة المتقدمين كما في "الْمُدَوَّنَةِ[2]": ويلتعن في المسجد، ولم يشترط عبد الملك المسجد، بل قال: يكون عند الإمام أو في المسجد عن أمر الإمام.

خَلِيلٌ: وفيه نظر لما ذكرناه عن الباجي وغيره.

(ص): (وبحضورِ جَمَاعَةٍ أَقَلُّها أَرْبعَةٌ)

(ش): لقول سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، لكن إنما يتم الاستدلال بهذا الحديث أن لو ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أحضرهم، أما إن كان حضورهم اتفاقيًا فلا، وأما أن أقل العدد أربعة، فلاحتمال نكول الزوجة

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٦/ ٢٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٨.

الموجب للحد، أو إقرارها فلا يتم الحكم إلا بأربعة شهداء، على أحد القولين عندنا.

(ص): (**وَفِي إثر صلاة قولان، عن مالك: بعد العصر أحبُّ إليَّ**)

(**ش**): اختلف قوله في "الْمُدَوَّنَةِ[١]" في ذكر الوقت في هذه المسألة، فنفاه في (باب الأقضية)، وقال في اللعان: عند الإمام دبر الصلاة، واختلف هل هو اختلاف قول أو أراد بالنفي الصلاة المعينة، وبالإثبات الصلاة غير المعينة، ووقع لمالك في "الْمَوَّازِيَّةِ": هو جائز في كل وقت.

الْبَاجِيُّ: والتغليظ بالوقت؛ أي: في كونه بإثر صلاة مستحب[٢].

وقال ابن الماجشون: لا يكون إلا بإثر صلاة، وكأنه جعل ذلك شرطًا كالمكان، وإذا قلنا بإثر صلاة فمقتضى كلامه في "الْمُدَوَّنَةِ[٣]" في اللعان عدم التعيين، وكذلك قال في غير "الْمُدَوَّنَة" عن مالك، بإثر مكتوبة أحب إليَّ، قال: وكذلك عندنا بإثر العصر، وليس بسنة.

وقال ابن شعبان: بإثر العصر والصبح، وقيل: بعد الظهر أو العصر.

وقال سَحْنُونٌ: بعد العصر سنة، واستحسنه جماعة لما في الصحيح من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم: "ثَلاثَةٌ لا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ: رَجُلٌ كَانَ لَهُ فَضْلُ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ مِنَ ابْنِ السَّبِيلِ، وَرَجُلٌ بَايَعَ إِمَامًا لا يُبَايِعُهُ إلا لِدُنْيَا، فَإِنْ أَعْطَاهُ مِنْهَا رَضِيَ وَإِنْ لَمْ يُعْطِهِ مِنْهَا سَخِطَه، وَرَجُلٌ أَقَامَ سِلْعَتَهُ بَعْدَ الْعَصْرِ، فَقَالَ: وَاللهِ الَّذِي لا إِلَهَ إلا هُو، أُعْطَيْتُ فِيهَا كَذَا وَكَذَا، فَصَدَّقَهُ"[٤].

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٣٤/٥.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٩.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٢٣٥٨) والنسائي في الصغرى: برقم (٤٤٦٢).

قال ابن بطال: قال المهلب: وهذا وعيد على المسلمين أيضًا، وكل وعيد يتوجه إلى المسلمين فهو موكول إلى مشيئة الله، وهو فيه بالخيار إن شاء عفا عنه، وإن شاء أنفذه فإن أنفذه على المسلم فلا يكون فيه خلود؛ لأن الخلود في الذنوب قد رفع عن أهل التوحيد. وقوله: (منع فضل الماء) يدل أن صاحب البئر أولى من ابن السبيل عند الحاجة، فإذا أخذ صاحب البئر حاجته لم يجز له منع ابن السبيل، وقوله: (بايع إمامًا) هو في معنى قوله عليه السلام: (من كانت هجرته لدنيا يصيبها) الحديث، وأن الله - تعالى - لا يقبل في الهجرة والمبايعة والأعمال إلا ما أريد به وجهه، وما لا يريد به وجهه فلا يرضى به، وله أن يعاقب عليه، وقوله: (بعد العصر) يدل أنه وقت تعظم فيه المعاصي لارتفاع الملائكة بأعمال الناس إلى الله، فيعظم أن يرتفعوا عن العبد =

عياض: وسنة اللعان أن يكون مشهورًا بحضرة الناس، وحضرة الإمام، أو من يستنيبه لذلك من الحكام.

قال: وهذا إجماع أنه لا يكون إلا بسلطان.

وقال اللَّخْمِيُّ: لا يبعد أن يكون عند الفقيه الجليل.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: يريد عن أمر الإمام والقاضي.

(ص): (**وَيُستحَبُّ تخويفهما - وخصوصًا عند الخامسة - ويُقالُ: إِنَّها مُوجِبةٌ العذابِ، وعذابُ الدنيا أَهْونُ من عَذابِ الآخرةِ...**)

(**ش**): قوله: (وَيُقال: إِنَّها)؛ أي: يقال لهما: هذه الخامسة هي موجبة العذاب، لما في "الصحيح"، أنه عليه الصلاة والسلام تلا آية اللعان على الملاعن، ووعظه، وذكره، وأخبره: أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.

قال: لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها، ثم دعاها فوعظها، وذكرها، وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، قالت: لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب، وفي "النسائي"[(١)] أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلا حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا أن يضع يده على فيه عند الخامسة[(٢)].

(ص): (**ويُؤَخَّر لعانهما معًا، وفي المختصر لعانها للحيض والنفاس كما يؤخَّر طلاقها للإعسارِ والعُنَّةِ بخلاف الإيلاء، ورَوَى أشهبُ: وَالإيلاءُ...**)

(**ش**): أخر اللعان للحيض، وإن لم يكن طلاقها للمشهور، قياسًا على منع الطلاق فيه، بجامع تطويل العدة، ومراعاة لقول من قال الفرقة فيه طلاق (**بخِلافِ الإيلاءِ**)؛ أي: فلا يؤخر التطليق له للحيض، لئلا يزاد فيما أجله إليه من الأربعة أشهر، ولعله يريد بالمختصر: "مختصر ابن الحكم"، فإن هذه المسألة مشهورة عنه، وينبغي إذا التعن هو على ما في المختصر أن تسجن هي؛ لأنها مطلوبة بحد الزنا، إن نكلت كما كان مطلوبًا بحدِّ القذف، وحد الزنا آكد، على أن الباجي لم يسق ما في المختصر على أنه خلاف، بل نقله عن الأصحاب، وكذلك ساقه ابنُ يُونُس على جهة التفسير.

=

بالمعصية إلى الله ويكون أجر عمله المرفوع، وفيه أن خواتم الأعمال هي المرجوة والمحتسبة. انظر: شرح ابن بطال: ٦/٤٩٩، ٥٠٠.

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٢٥٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٥٤٢.

فَرْعٌ: قال الْبَاجِيُّ: فإن كان مريضًا أو كانت مريضة أرسل الإمام إلى المريض منهما، رواه في "العتبية" أصبغ عن ابْنِ الْقَاسِمِ، ووجه ذلك أنه حكم من سنته التعجيل، والمرض لا يُدرى له غاية، فيسقط التغليظ بالمكان للضرورة[1].

(ص): (**ولو قَذَفها بأجنبيٍّ حُدَّ لهُ عَلى المشهورِ**)

(**ش**): يعني: إذا سماه، فقال: رأيتها تزني مع فلان، فإنه يحد لذلك الأجنبي على المشهور.

الْبَاجِيُّ: ولا يخلصه من ذلك اللعان مع الزوجة، خلافا للشافعية، ودليلنا أنه شخص لا يجب عليه الحد بالتعان الزوج، فلم يسقط حده بالتعانه، كالمرأة الأجنبية، أما لو حد للرجل المسمى، فقال سَحْنُونٌ: يسقط عنه اللعان.

الْبَاجِيُّ: ووجهه أن من حد لقذف دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد من قام به ومن لم يقم به، ومقابل المشهور لم أره معزوًا، ووجهه أنه قذف شخصين قذفًا واحدًا، وقد جعل الشرع اللعان يقوم مقام الحد، ولو حد لأحدهما سقط عنه الحد للآخر، وأيضًا فإن هلال بن أمية رمى زوجته بشريك بن سمحاء، فلاعن ولم يحد له، وأجيب عن هذا بأنه لم يطلبه، وهو صحيح على الأصح؛ لأنه حق لآدمي.

فَرْعٌ: وأما إن لم يسم الرجل، فالمذهب أنه لا حد عليه، خلافًا للشافعي في أحد قوليه لنا أن حد القذف لا يجب استئنافه إلا بمطالبة مستحقه، والمجهول لا يستحق المطالبة، فكان كمن قال: رأيت رجلا يزني.

(ص): (**وعلى حدِّه - مع وُجوبِ إعلامه - قولان**)

(**ش**): أي: وإذا فرعنا على المشهور من أنه يحد، ففي "الجواهر": ليس على الإمام أن يعلمه، وروي أن ذلك عليه ومنشأهما: هل الحد حق لله فلا يجب إعلامه، أو حق للآدمي فلا بد من إعلامه؟ وهو الأقرب؛ أما أولا فلأنه قد يعترف فيسقط الحد، وأما ثانيًا، فلأن الأصح أنه من حقوق الآدميين؛ بدليل أنه يورث ويسقط بالعفو، قبل بلوغ الإمام، فإن قيل: هذا معترض؛ لأنه هنا قد بلغ الإمام.

فالجواب: أنه ولو بلغ الإمام؛ فإن له العفو إذا أراد سترًا على نفسه على ظاهر المذهب؛ فإن بعض من رأى وجوب إعلامه، وهذه المسألة إحدى المسائل التي

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٩٩.

استثنيت من النميمة.

(ص): (**ولو لاعَنَها ثُمَّ قَذَفَها لَم يُحَدَّ عَلَى الأَصَحِّ**)

(**ش**): تصور المسألة من كلامه واضح، والأصح مذهب محمد.

قال: لأنه إنما لاعن لقذفه إياها، والقول بوجوب الحد نقله عياض، عن ابن نافع، ونسبه في "الْمُدَوَّنَةِ[1] " لربيعة، وفي "الْموازية" لابن شهاب؛ لأنه **قذفها** وليست بزوجة، واختاره التونسي.

فإن قلت: ما قاله المصنف هنا مخالف لما قاله في القذف، ولو حد ثم قذفه ثانيًا على الأصح، قيل: وقد فرّق ابن الكاتب بين المسألتين، بأن المتلاعنين أحدهما كاذب؛ إلا أنه لا يدرى من هو منهما، فإذا قال الزوج: ما كنت إلا صادقًا لم يحد، إذ لعله صادقًا، والقاذف إنما حد تكذيبًا له، فإذا قال: كنت صادقًا، فهو قذف مبتدأ، فوجب أن يُحدَّ تارة أخرى، والله أعلم[2].

(ص): (**ومتى استلحقَ المنفيَّ لَحِقَ وحُدَّ، وإلا أن تكون زَنَت بعد اللعان فلا يُحَدُّ، وقيلَ: إن كان المنفيُّ عَنْ قذْفِهَا بالزنى....**)

(**ش**): لأن استلحاق الولد بعد نفيه إقرارٌ منه بالكذب فيما رماها به، فيحدَّ؛ إلا أن تكون زنت بعد اللعان، فحينئذ لا يحد ويصير كمن قذف عفيفًا، فلم يحد له حتى زنا المقذوف فإنه يسقط الحد عن القاذف، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة[3]".

قوله: (وَقيلَ): هذا القول لابن المواز؛ يعني: يحد على القول الأول مطلقًا، سواء كان لاعن لنفي الحمل أو الرؤية.

وقال مُحَمَّدٌ: إنما يحد إذا لاعن لنفي الولد؛ لأنه كذب نفسه باستلحاقه، وأقر بأن لعانه كان باطلا.

قال مُحَمَّدٌ: وأما إن ادعى الرؤية بانتفاء الحمل والتعن لهما معًا فلا يلزم من تكذيب نفسه في الحمل تكذيبه في الرؤية، فقد بقي للعانه محمل وهو الرؤية، وهذا نص قوله: وعلى هذا فيكون قوله: وقيل: إن كان المنفي عن قذفها بالزنا؛ أي: فلا يحد، وقوله: بالزنا؛ أي: سواء كان الزنا بمفرده أو مع نفي الحمل، وأما إذا كان اللعان لنفي

---

(١) المدونة الكبرى ٢/ ٣٤٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٨٢/١.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٣٥٠.

الولد فقط؛ فإنه يحد، وهذا خلاف ظاهر كلام المصنف، على أنه يمكن أن يقال أن قوله: (وَقيلَ)، راجع إلى قوله: (فَلا يُحَدُّ)؛ أي: قيل: لا يحد إن كان المنفي عن قذفها بالزنا[1].

(ص): (**وشرط الملاعنةِ أن تكون زوجة مكلَّفَة - فَتُلاعِنُ الذِّمِّيَّةُ في كنيستها - لا في المسجدِ** - لرفع اللعان؛ **فَإِنْ أَبتْ أُدِبَتْ**...)

(ش): احترز بالزوجة من الأمة، وبالمكلفة من الصغيرة، فإنهما لا يتلاعنان، نعم يلاعن هو إذا كانت ممن يوطأ مثلها، كما تقدم، قوله: (فَتُلاعِنُ)، جعله كالنتيجة عما قبله، وفي إدخاله الذمية تحت المكلفة تسامح؛ لأنه إن أدخلها لأجل أنها مكلفة بالأيمان بالاتفاق، وهو تكليف مقيد فيستلزم التكليف المطلق فغير بين؛ لأنه إن أريد ذلك المقيد بخصوصيته، منع ذلك من تكليفها بغيره، وإن دخلها على القول بتكليفهم بالفروع على معنى أنهم يؤخذون بها في الدنيا، فهذا مال إليه بعض المتأخرين؛ لكن الذي قاله غير واحد أن أثر التكليف إنما يظهر في الآخرة بتضعيف العذاب، والبيعة اليهودية، كالكنيسة للنصرانية، وإنما لاعنت الكنيسة؛ لأنها هي التي تعظم، والقصد التغليظ على الحالف، ولأن الكافر ممنوع من دخول المسجد، ومعنى قوله: (فَتُلاعِنُ الذِّمِّيةُ)؛ أي: إذا أجابت[2].

مطرف: معنى قول مالك في المسلم تحته النصرانية، فينفي حملها، إنما يتلاعنان؛ يعني: إن طاوعته، ولا تجبر؛ لأنها لو أقرت بالزنا لم تحد، وقوله: لرفع العار؛ يعني: أن ثمرة لعانها مخالف لثمرة لعان المسلمة؛ لأن المسلمة يلزمها الحد بالنكول، بخلاف الذمية، فإنها لا تحد، ولو شهد عليها أربعة بالزنا، وإنما أدبت لإذايتها زوجها المسلم.

قال في "الجواهر": وإذا التعنت انقطع النكاح، وإن أبت فيهما على الزوجية، وترد إلى أهل دينها بعد العقوبة لأجل خيانتها زوجها في فراشه، وإدخالها الالتباس في نسبه، وهكذا روى مطرف عن مالك، أنها إذا نكلت ترد إلى أهل دينها، ولهذا قال صاحب "النكت": إنما فرق بين الصغيرة.

وقال: أنها لا تلاعن، وبين الكتابية، وقال: أنها تلاعن، مع أن كلتيهما لو نكلت أو أقرت لم تحد؛ لأن النصرانية قد يتعلق عليها بإقرارها ونكولها حد عند أهل ملتها؛

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥.

(٢) انظر: التلقين: ١/١٤٦.

لأنها مردودة إليهم[١].

(ص): **(والطلاقُ الرجعيُّ لا يمنعُ في العِدَّةِ، وَفي البَائِن قولان)**

(**ش**): كلام المصنف هنا باعتبار الرؤية، لا باعتبار نفي الولد، فإنه سيذكر اللعان باعتبار نفي الولد؛ يعني: أن من طلق زوجته طلاقًا رجعيًا، ثم ادعى أنه رآها تزني، فإنه يلاعن، ولا يمنع من اللعان طلاقه؛ لأن المطلقة طلاقًا رجعيًا في حكم الزوجة، وأما إن كانت في عدة طلاق بائن، فحكى المصنف قولين، وحكى الباجي، وصاحب "الْبَيَانِ" ثلاثة أقوال.

قال ابْنُ الْقَاسِمِ: وروى ابن وهب عن مالك: يلاعن؛ يريد: لأن العدة من توابع الزوجية.

وقال ابن المواز: يحد ولا يلاعن؛ لأنها أجنبية.

وقال المغيرة: لا يحد ولا يلاعن، وإليه مال سحنون.

قال في "الْمُوَطَّأِ" وغيره: ولو ادعى بعد أن طلقها البتة، أنه رآها تزني قبل أن يطلقها، فإنه يحد ولا يلاعن.

وقال في "كِتَابِ أَبِي الْفَرَجِ" أنه يحد إلا أن يظهر بها حمل فينفيه فيلاعن.

وقال ابن المواز: أحب إليَّ أن ينظر؛ فإن تبين ألا حمل بها حد، وإن ظهر لاعن.

الْبَاجِيُّ[٢]: هذا مبني على قول ابن المواز أن المطلق بائنًا لا يلاعن إلا لنفي الحمل، وتقدم لابن القاسم وغيره أنه يلاعن، والخلاف بين أبي الفرج وابن المواز في تأخير الحد بعد القذف، فأبو الفرج يعجل بالحد؛ لأن من قذف وادعى المخرج لا يمهل، وابن المواز يؤخر، بخلاف الأجنبي؛ لحاجة الزوج له دون غيره.

(ص): **(وتُلاعِنُ ولو تزوَّجَت إِن كَانَ القذْفُ سابقًا ورَفَعَتْهُ)**

(**ش**): يصح أن يقرأ (يلاعن) بالياء من أسفل، وبالتاء من فوق، فإن المطلق والمطلقة، يتلاعنان إذا كان قذفها بالزنا، وهي في عصمته، ثم طلقها ورفعته بعد ذلك، فقوله: (سَابِقًا)؛ أي: سابقًا للطلاق.

فَرْعٌ: قال في "الجواهر": إذا قذف أجنبية، ثم نكحها وقذفها فلاعن، اندفع الحد.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠.

(٢) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد الباجي، الأندلسي، كان فقيها محدثا، صنف المنتقى في شرح الموطأ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ١١/٢٧١.

(ص): **(وأما نفْيُ الولدِ فَيَجْرِي فِي كُلِّ مَنْ يَلْحَقُهُ وَلَدُهَا حيَّة أو ميّتَةً إلا مِلْك يَمِينِهِ)**

(ش): هذا مما يبين لك أن كلامه أولا هو باعتبار الرؤية، ويدخل في قوله: (مَنْ يَلْحَقُهُ وَلَدُهَا) من في عصمته أو طلقها طلاقًا رجعيًا أو بائنًا، سواء خرجت من العدة أم لا، ما لم تجاوز أقصى أمد الحمل، وقوله: (إلا في ملك يمينه)، أي: فلا لعان في ذلك[1].

(ص): **(فلو قَذَفَها بعد العِدَّةِ ولا حمْلَ حُدَّ)**

(ش): أي: قذفها برؤية الزنا، قيل: ولا خلاف في ذلك.

(ص): **(وإن اشترى زوجته ثم ظَهَر حمْلٌ فإن وَلَدَتْه لأقَلَّ من ستَّةِ أشهر فحُكْمُها فيه حُكْمُ الزوجةِ، وإن ولدته لستَّةٍ فأكثر فحُكْمُها حكم الأمَةِ...)**

(ش): لما قدم أن اللعان في الزوجة دون الأمة، ذكر هذه لأنها من القسمين، وهي إذا اشترى زوجته ثم ظهر بها حمل[2].

قال في "النوادر": ولو اشترى زوجة ثم ظهر بها حمل فإن علم أنها كانت يوم الشراء حاملا، لم ينفه إلا بلعان، إلا أن يكون وطأها بعد رؤية الحمل، فلا ينفه، وإن لم يعلم أكانت حاملا يوم الشراء أم لا، حتى ظهر الحمل، وأتت به لأقل من ستة أشهر، فالولد للنكاح، ما لم يطأ بعد الشراء.

الشيخ أبو محمد: قوله: (ما لم يطأ بعد الشراء)؛ يريد: إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر، وقد روى ابن سحنون، عن أبيه، أنه إذا لم يطأها بعد الشراء فحيضتين.

قال: ولو وطئها بعد الشراء فلا ينفيه بلعان ولا بغيره، استبرأها بعد الوطء أو لم يستبرها؛ إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد أن وطأها، فهذا ينظر، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر فهو للنكاح، لا ينفيه إلا بلعان، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر، فله نفيه بغير لعان إن ادعى استبراء بعد الوطء الذي هو بعد الشراء، وإن لم يدع استبراء فهو منه. انتهى[3].

وذكره في "الجواهر " بنصه، وعلى هذا فكلام المصنف مقيد بما إذا لم يعلم أنه كانت حاملا يوم الشراء، أو بما إذا لم يطأها، وقولهم: إنها إذا ولدته لستة أشهر فأكثر،

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤/٢٩٩.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٩/٥٠٨.

(٣) انظر: حاشية الصاوي: ٦/٢٧.

أن له نفيه بغير لعان، يريدون: بغير يمين.

(ص): (وحُكْمهُ رَفْعُ العقوبةِ عَنْهُ أَوِ الأدَبُ كَالأمَةِ وَالذِّمِّيَّةِ)

(ش): اعلم أنه يترتب على اللعان ستة أحكام، ثلاثة على لعانه، وثلاثة على لعانها، فالثلاثة الأول: سقوط الحد عنه ومراد المصنف بقوله: (الْعُقُوبَةِ)، ولذلك عطف عليه (الأدَبُ).

الثاني: وجوب حد الزنا عليها.

الثالث: قطع النسب.

والثلاثة الأخر: سقوط الحد عنها، والفراق وتأبيد التحريم، وقيل في الأخيرين: أنهما يترتبان على لعانه، وقوله: كالأمة والذمية راجع للأدب، فإن قاذفها لا حد عليه، وإنما عليه الأدب.

(ص): (وإيجابها على المرأةِ الَّتِي تُحَدُّ فِي الإقْرَارِ مَا لَمْ تُلاعِنْ)

(ش): أي: وإيجاب العقوبة، وهذا هو الثاني من الأحكام المترتبة على لعانه، وأخرج بقوله: (التي تحد بالإقرار) الصبية والذمية، وتصور ظاهر[1].

(ص): (وَتَحْرِيمُهَا أَبَدًا بِتَمَامِ لِعَانِهَا، فلو أكذب أحدهما نفسه قبلَ تمامِ لِعَانِهِما حُدَّ وَبَقِيتْ زَوْجَتُهُ، ويتَوَارثانِ، وَإِنْ رُجِمَتْ...)

(ش): ما ذكره من تحريمها أبدًا هو المعروف، وذكر ابن شعبان، عن عبد العزيز بن أبي سلمة، أنه قال: تحل بنكاح جديد، وقاله ابنه عبد الملك في الثمانية.

اللخمي، وأشهب ينحوا إليه، وقوله: (بِتَمَامِ لِعَانِهَا): يدل على أن الفراق يقع لمجرد التعانها، وهو المذهب؛ خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله، في قوله: لا تقع الفرقة بلعانها، حتى يوقعها الحاكم بينهما.

فَرْعٌ: والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق.

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": هذا مذهب مالك وجميع أصحابه، وقال جماعة من أصحابنا أنه طلقة بائنة، وفي "الجلاب"، أن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها، خلاف قول مالك في "الْمُدَوَّنَةِ[2]"، و"الْمُوَطَّأ"، أن لها نصف الصداق، وبناه اللخمي على أن فرقة المتلاعنين هل هي فسخ فلا شيء لها، أو طلاق فلها، وفيه نظر، فإن المعروف أن

(١) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٣٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٣٥٠.

لها النصف، وأن فرقة المتلاعنين فسخ، ولكن لما كنا لا نعلم صدق الزوج، ولعله أراد تحريمها وإسقاط حقها من نصف الصداق، اتهم في ذلك، وألزم نصف الصداق، ويحتمل أن يكون إنما التزامه النصف مراعاة لقول من قال هو طلاق(١).

عبد الحق، واللخمي، وابن يونس، وابن البشير، وغيرهم: وفي "الجلاب " أيضًا في الذي يشتري زوجته قبل البناء أنها يجب لها نصف الصداق، وهو خلاف المعروف في المذهب. خَلِيلٌ: ولم أر ما ذكروه عن الجلاب فيه بل فيه النص على خلاف ما نقلوه عنه(٢).

وقول المصنف: (فلو كذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانهما حد وبقيت زوجة) ظاهر؛ لأن من أكذب نفسه منهما قد أقر على نفسه بما قال الآخر، فالرجل يحد حد القذف، والمرأة تحد حد الزنا، وجلدًا إن كان أو رجمًا.

قوله: (وَيتَوارَثَانَ وَإِنْ رُجِمَتَ)؛ لأنه إذا كذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانهما، فهما على الزوجية، فلذلك يتوارثان ولو رجمت؛ لأنها رجمت وهي زوجة، واختلف إذا شهد الزوج عليها مع ثلاثة، فرجمها القاضي، ثم عثر على ذلك، فهل يرثها هذا الزوج؟

فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: يرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور، أو يقر بذلك، وقال أصبغ: لا يرثها، والفرق بينها وبين مسألة المصنف ظاهر؛ لأن البينة موجبة للرجم، ومجرد الدعوى في مسألة اللعان لا توجبه؛ لأنها قادرة على رده بأيمانها(٣).

(ص): (**ولو اشتراها وأقرَّ** بالكذبِ، **أو انْفَشَّ الحملُ لَم تَحِلَّ** له)

(ش): يعني: إذا لاعن زوجته الأمة، فرق بينهما، ثم اشتراها **لم تحل** له بالملك؛ لأن تحريم اللعان مؤبد، وإن أقر بالكذب لم ينفعه، كما لا ينفعه ذلك في الحرة، وقد تقدم ذلك في الحرة، وقد تقدم الكلام على انفشاش الحمل.

(ص): (**وَقِيلَ: وَبِلعَانهِ**)

(ش): هذا راجع لصدر المسألة، تقديره: وتحريمها أبدًا بتمام لعانها، وقيل: **وبلعانه**، ويقع في بعض النسخ هذا القول متصلا بالقول الأول، وهذا القول حكاه ابن

(١) انظر: التلقين: ١/١٤٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٣٧.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٥٤٤.

شاس، وهو مقتضى ما وقع لسحنون في "نوازله"، أنه إذا لاعنها ونكلت عن اللعان، أن ذلك قطع للعصمة، وقال في "الْبَيَانِ": لا خلاف إذا صدقته أنها تحد، وتكون زوجة، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك، وإنما اختلفا وهل ينتفي الولد منه دون لعان، أو لا ينتفي إلا بلعان، وقد أنكر أبو بكر بن عبد الرحمن قول سحنون لمخالفته الأصول.

وكذلك قال الْبَاجِيُّ: لا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلاعن أو أكذب نفسه قبل تمام لعانها لم تثبت بينهما فرقة، وكأنهما لم يعتبرا قول سحنون.

(ص): (**وقَطْعِ النسبِ إِنْ نَفَى الولدُ**)

(ش): هذا راجع أيضا لصدر المسألة، وهو ظاهر[١].

(ص): (**فَلَو نَكَلَ عَنِ اللِّعَانِ حُدَّ**)

(ش): قد تقدم هذا الفرع، وأعاده المصنف ليرتب عليه ما بعده، وهو قوله:

(ص): (**فإن عاد إليه قُبِل، وفي قبوله من المرأة: قَوْلان**)

(ش): يعني: إذا أعاد الرجل إلى اللعان بعد نكوله، قبل ذلك منه، وظاهر كلامه أنه متفق عليه؛ لأنه لم يحك الخلاف؛ إلا في المرأة، وهي إحدى الطريقتين[٢].

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وهي الصحيحة، قال: وقيل: إن الخلاف الذي في المرأة يدخل في الرجل، وحكى المتيطي في القبول من الرجل قولين[٣].

قال: والصحيح أنه لا يقبل؛ لأن نكوله كإقراره بالقذف، وليس له الرجوع عنه. والقول بقبول اللعان من المرأة إذا عادت إليه لأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي علي بن خلدون.

الْبَاجِيُّ: وعندي أن لابن القاسم في "الْموازية" مثله، والقول بأنها ليس لها الرجوع إلى اللعان لسحنون، وأبي عمران، وابن الكاتب، ومنشأهما، هل نكولها كإقرارها بالزنا، فيقبل رجوعها، أو يقال: حق الزوج قد تعلق بنكولها، فلا يكون لها الرجوع.

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وقبول رجوعها هو الصحيح؛ فإن قيل: فهل يظهر فرق على الطريقة التي ذكرها المصنف، قيل: نعم، وذلك لأن الزوج مدع، والزوجة مدعى عليها، فإن نكل الزوج فكأنه صفح عنها، وأيضًا فإنه ما انحصر أمره، بل له أن يقيم البينة، وأما

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٠١/٦.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٨٣/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٣٩/٥.

هي فإنها مدعى عليها، فإن نكلت فقد صدقته، وأيضًا فقد انحصر أمرها فيه[١].

(ص): (**وحُكْمُ التوءمينِ حُكْمُ الواحدِ ولذلكَ يَنْتَفِي الثَّانِي باللعانِ الأولِ، وَلِذلِكَ ثبتت لَهُمَا أُخُوَّةُ الأبِ أَيْضًا...**)

(ش): أي: حكم الولد الواحد، فلا يمكن لحقوق أحدهما ونفي الآخر، ولذلك إذا لاعن لأولهما خروجًا، انتفى الثاني بذلك اللعان، وإلى هذا أشار بقوله: (فَلِذَلِكَ ينتفِي الثَّاني باللعانِ الأوَّلِ)، وأفاد بقوله: (أُخُوَّةُ الأبِ أيضًا)، أنهما إخوة أشقاء، وهذا هو المشهور[٢].

وقال المغيرة: أنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توأمي الزانية والمغتصبة، خلافًا لابن نافع في قوله أن توأمي الزانية شقيقان، وأما توأمي المسبية والمستأمنة، فإنهما يتوارثان لأب وأم، قاله في "الْبَيَانِ".

(ص): (**ومَتَى اسْتُلْحِقَ أحدهُمُا لَحِق الآخرُ وَإِنْ نَفَى أَحَدهُما وأَقَرَّ بِالآخرِ حُدَّ، ولَمْ ينتفِ شَيْءٌ...**)

(ش): هذا لما ذكره أنهما كالولد الواحد[٣].

(ص): (**فإن كان بينهما ستةٌ فصاعدًا فهما بَطْنَانِ؛ إلا أنه قال: إِنْ أَقَرَّ بالثاني، وقال: لَمْ أَطَأْها بعد الأول سُئِلَ النساءُ؛ فإن قُلنَ إنَّه يتأخَّر هكذا لم يحد، بخلاف من أقرَّ بِوَلِدِ زَوْجَتِهِ وَقَالَ: لَمْ أَطَأْهَا حُدَّ...**[٤])

(ش): معناه أن الحكم الذي قدمه إنما هو إذا لم يكن بين وضعهما ستة أشهر، وأما إن كان بينهما ستة أشهر فأكثر، فليسا بتوأمين؛ إلا أنه قال - أي: في "الْمُدَوَّنَةِ[٥]"-: ففيها، وإن وضعت الثاني لستة أشهر فأكثر فهما بطنان، فإن أقر بالأول ونفى الثاني، وقال: لم أطأها بعد ولادة الأول، لاعن ونفى الثاني، إذ هما بطنان، فسكت المصنف عن هذا الفرع لجريانه على أصل كونهما بطنين، ثم قال فيها: وإن قال: لم أجامعها بعد ما ولدت الأول، وهذا الثاني مني فإنه يلزمه؛ لأن الولد للفراش، ويسأل النساء، فإن قلن أن الحمل يتأخر هكذا، لم يحد، وإن قلن: لا يتأخر، حد ولحق به، وهذا هو الفرع الذي ذكره المصنف؛ إلا أن فيه إشكالا، لأن النساء إذا قلن: أنه يتأخر هكذا، كان حكم

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٢٨/٦.
(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٧/٦.
(٣) انظر: التلقين: ١٤٩/١.
(٤) انظر: جامع الأمهات: ٣١٨/١.
(٥) المدونة الكبرى ٢/ ٣٥٠.

الجميع حكم الحمل الواحد، فكان ينبغي أن يحد لتكذيبه نفسه في نفيه الأول، وكأنه إنما أسقط الحد؛ لأن قول النساء لا يحصل به القطع، فكان ذلك شبهة تسقط الحد، ويرد على هذا أنه لو كان كذلك للزم أيضًا سقوط الحد إذا قلنا: أنه لا يتأخر؛ لأن قولهن لا يحصل به القطع، وقد نص في "الْمُدَوَّنَة" على وجوب الحد في ذلك، وقوله: بخلاف إلخ، هكذا إلخ، هكذا قال في "الْمُدَوَّنَةِ"، فقال بإثر الفرع المتقدم: بخلاف الذي يتزوج امرأة ولم يبن بها حتى أتت به لستة أشهر من يوم تزوجت، فأقر به الزوج، وقال: لم أطأ منذ تزوجتها، وهذا يحد ويلحق به الولد[1].

ابن المواز: وكأنه قال: حملت من غيري، ثم أكذب نفسه باستلحاقه[2].

ابْنُ يُونُسَ: يريد: ولا يسأل في هذا النساء، كما يسألن في المسألة التي قبلها[3].

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤/٣٠١.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٩/٥١٠.

كتاب العِدَد

(ص): (العِدَد: عدة الطلاق، وعدة الوفاة، والاستبراء)

(ش): العدد: جمع عدة[1]، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد، وهي تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشرع علامة على براءة رحمها، مع ضرب من التعبد، وجعل المصنف أنواعها ثلاثة، وفي جعل الاستبراء من أنواع العدة تجوز في اصطلاح الفقهاء[2].

(ص): (وهي بالأقراء، والأشهر، والحمل)

(ش): الأقراء في الطلاق لذوات الحيض، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والأشهر للمتوفى عنها وللمطلقة، إذا لم تكن من ذوات الحيض لصغر، أو لكبر، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقال تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ إلى ﴿وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، أي: فعدتهن كذلك، ووضع الحمل عدة للحامل كانت متوفى عنها، أو مطلقة، قال الله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

(ص): (ولا عدة على مطلقة قبل الدخول)

(ش): لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا، لأنه خرج مخرج الغالب، ولا فرق بين مؤمنة وكافرة[3].

---

(١) العدة لغة: مأخوذة من العد والحساب، والعد في اللغة: الإحصاء، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالباً، فعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليالٍ، وقيل: تربصها المدة الواجبة عليها، وجمع العدة: عدد، كسدرة، وسدر.
وفي الاصطلاح: هي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها. انظر: انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٤/٣، والتلقين: ١٣٥/١.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٤/٣، والتلقين: ١٣٥/١، وبلغة السالك: ٤٤٥/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١٦٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٥/٢.

(ص): **(فإن لم يُعلم وجبت بإقرارها، لا بإقراره)**

(ش): يعني: فإن لم يعلم دخول، فإن أقرت هي به وجبت عليها العدة؛ لأنه إقرار منها على نفسها، فلزمها كسائر الإقرارات بخلاف ما لو أقر هو فقط، فإنه دعوى عليها بغير دليل فلا يقبل كسائر الدعاوى، وهذا الكلام في نفس العدة، وأما لواحقها من النفقة والسكنى فسيأتي الكلام عليها[1].

(ص): **(فإن ظهر حمل، ولم ينفه كان كالدخول في العدة، والرجعةِ، ولو ظهر بعد موته لحق به....)**

(ش): لأن الولد للفراش، فهو لاحق به، ولا ينتفي عنه إلا بلعان، وعلى هذا فيجب عليها إذا طلقها العدة، وتكون له الرجعة، وهذا معنى قوله: (كان كالدخول في العدة والرجعة)، وفي بعض النسخ: (ولا رجعة له)، وهي غير صحيحة؛ لأنها إذا وجبت عليها العدة كان له الرجعة، وقوله: (ولو ظهر بعد موته) ظاهرٌ لأنه إنما كان ينتفي عنه في الحياة باللعان، وهو لا يتأتى هنا[2].

(ص): **(وأما بعده فتجب، وإن تصادقا على نفي الوطء حيث أمكن شغلُها منه بأي خلوة كانت....)**

(ش): أي: وأما بعد الدخول، وهو (إرخاء الستور) (فتجب) العدة سواء (تصادقا) معا (على نفي الوطء) أم لا، لحق الله في العدة بشرط إمكان الوطء، وأما لو خلا بها لحظة تقصر عن زمان الوطء فلا، وقوله: (بأي خلوة كانت) أي: سواء كانت خلوة اهتداء، أو خلوة زيارة.

فرع

قال في "المدونة": ولو كان معها نساء حين قبّل، وانصرف لمحضرهن فلا عدة عليها.

الباجي: وكذلك امرأة واحدة، أي: لأن الخلوة قد فقدت[3].

(ص): **(وتسقط النفقة والسكنى، ولا يجب إلا نصف الصداق، ولا رجعة له)**

(ش): هذا مفرع على ما إذا تصادقا على نفي الوطء، وسقط حقها من النفقة

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

والسكنى ومن تكميل الصداق لإقرارها بعدم الإصابة، وسقط حقه من الرجعة لإقراره أنه لم يصب، وكذلك أيضا لا تكون له الرجعة إذا ادعى أحدهما الوطء، وأنكره الآخر؛ لأنه يتهم على الرجعة في غير محلها[1].

ابن عبد السلام: وينبغي إذا اختلفنا في المسيس أن يجري حكم النفقة والسكنى على الصداق بحيث يكمل يثبتان، وحيث لا يكمل يسقطان[2].

(ص): (**ولا شيء لها في الفاسد، وقيل: تَعارَضَ إن كان تلذذ بشيء**)

(**ش**): يعني: أن ما قدمه من وجوب نصف الصداق، إذا طلق قبل البناء، إنما هو في النكاح الصحيح وأما الفاسد فلا شيء عليه فيه؛ لأن الله تعالى أوجب النصف إذا طلق الزوج، فقال: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، لأنه قد أضاف الطلاق إليهم، والإضافة إليهم تستدعي وقوعه باختيارهم. وظاهر ما لابن القاسم في (إرخاء الستور) ما قدمه المصنف، والمنسوب فيه لغيره هو القول الثاني، وعكس هذا القول في كتب العدة، فجعل القول بأنها تعارض لابن القاسم، ولاتعارض لغيره[3].

(ص): (**ولا تجب بوطء الصغير الذي لا يولد لمثله، وإن قوي على الجماع، ولا بالمجبوب ذكره، وأنثياه....**)

(**ش**): يعني: أن العدة في الطلاق، إنما تجب إذا كان الزوج يمكن أن يولد لمثله، فلذلك (لا تجب بوطء الصغير الذي لا يولد لمثله)، يريد إذا خالع عنه أبوه أو وصيه مثلا فطلاقه نافذ، ولا بوطء المجبوب، لكن تجب على زوجاتهما العدة في الوفاة، ولا أعلم في هذه الجملة خلافا[4].

(ص): (**بخلاف الخصي القائم الذكر، وفيها فيه وفي عكسه يسأل النساء، فإن كان يولد لمثله فالعدة، وإلا فلا عدة، ولا يلحق....**)

(**ش**): (بخلاف الخصي القائم الذكر) المقطوع الأنثيين، ومقتضى قوله: (بخلاف): أنها تجب العدة بوطئه، وهذا قول حكاه اللخمي وغيره[5].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٠/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٠/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٣/١٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٦/١، المدونة: ٢٠/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٨/١.

(٤) انظر: الاستذكار: ١٣٠/٦، ومنح الجليل: ٢٠/٩.

(٥) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٤/٣، والتلقين: ١٣٥/١، وبلغة السالك: ٤٤٥/٢.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب. وقال ابن حبيب: لا عدة على امرأته. وهو ظاهر؛ لأن الولد لا يلحق به عند ابن القاسم.

ابن حبيب: وكذلك ذاهب الخصية اليسرى. وقال ابن دينار: الولد لاحق بالخصي كيفما كان. قيل: وعكسه تجب العدة كيفما كان، وأشار عياض إلى أنه لا فرق في القليح الذكر بين أن يكون سالما، أو بعضه، لأنه يصيب بما بقى من ذكره، وكذلك صرح به أشهب، وقوله: (فيه وفي عكسه)، المراد بالعكس أن يكون ما في الأنثيين مقطوع الذكر.

عياض: وسبب الخلاف بين "المدونة" وابن حبيب ذهاب الأنثيين أو أحدهما، فمذهب الكتاب الإحالة على سؤال أهل المعرفة، هل يولد له أم لا؟ ومذهب ابن حبيب الإحالة على علم الطب والتشريح؛ لأنهم يقولون: إن البيضة اليسرى جعلت لطبخ المني؛ فإذا فقدت لم يمكن أن يتأتى له ولد، فلا تعتد زوجته، ولا يلحق به ولد، بخلاف ما إذا كان مقطوع الذكر، أو البيضة اليمنى[1].

ونص ابن حبيب على أنه إن بقي معه أنثياه، أو اليسرى منهما، وبقي من العسيب بعضه: أن الولد لاحق به[2].

وينبغي على قوله أن يلحق به الولد، وإن لم يبق من عسيبه شيء. وقوله: (إن كان يولد لمثله فالعدة)، أي: فالعدة واجبة، يريد: ويلحق به الولد، (وإلا فلا)، أي: وإن لم يولد لمثله (فلا عدة، ولا يلحق) به الولد.

(ص): (**ولا على صغيرة ولا تطيق الرجل**)

(ش): لا خلاف في ذلك؛ لأن وطأها جرح وفساد، وفهم منه أنها إن طاقت الرجل عليها العدة، وإن لم يمكن حملها، وهو مذهب "المدونة"، واختار ابن لبابة أنها لا عدة عليها، ولا على الكبيرة المسنة التي لا يخشى منها الحمل.

(ص): (**ويجب على الحرة عدة المطلقة من كل نكاح فاسد بعد الدخول من حين فُرق بينهما ثلاثُ حيض، ومن كل وطء مِن زنى أو اشتباه**)

(ش): عدة المطلقة ثلاثة أقراء في ذات الأقراء، وثلاثة أشهر في

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

اليائسة والصغيرة[1].

وقوله: (من كل نكاح)، أي: سواء كان مجمعا على فساده أم لا؟ وهذا هو المشهور، ومذهب "المدونة"[2]. اللخمي: وقيل: يكفي في المتفق على فساده، كنكاح المحرم والرضاع حيضة لأن الزيادة على الواحدة تعبد.

وقوله: (بعد الدخول) ظاهر؛ لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء شيء في النكاح الصحيح؛ فأحرى الفاسد. وقيل: (من حين فرق بينهما)، لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساده لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية، فتكون العدة من آخر وطء[3].

وقوله: (ثلاث حيَض) هو عطف بيان على قوله: (عدة المطلقة)، أو بدل، ومراده بقوله: (ثلاث حيض) أي: ثلاثة أطهار؛ لأن الأقراء عندنا: الأطهار، كما سيأتي، ووجبت العدة في النكاح الفاسد كالصحيح؛ لأن الولد لا يلحق به فيه. وقوله: (ومن كل وطء من زنى أو اشتباه)، هذا معطوف على قوله: (من كل نكاح فاسد)، لكن لا يسمى هذا في عرف الفقهاء: عدة، وإنما يسمى: استبراء.

(ص): **(ولا يطأ الزوج، ولا يعقد، وإن لحق الولد، بخلاف المطلِّق في الصحيح)**

(ش): يعني: أن من زنت زوجته، او اشتبهت، فلا يطأها زوجها في مدة الاستبراء، ولو كان الولد به لاحقا، وكذلك لا يعقد على الأجنبية التي زنت، أو وطئت باشتباه؛ لأن كل محل امتنع فيه الاستمتاع امتنع فيه العقد؛ إلا الحيض والنفاس[4].

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد: أن النكاح الفاسد إذا فسخ لا يكون للزوج فيه أن يعقد ولا يطأ، وإن لحق الولد، وهذا المعنى الثاني، وإن كان قرب إلى لفظه، لكن يبقى قوله: (ولا يطأ) ليس فيه كبير فائدة واقتصر، وعلى الثاني بخلاف المطلق في النكاح الصحيح فإن له أن يعقد ويطأ؛ لأن ماءه صحيح، لكن يشترط أن لا تكون مريضة بحيث يحجر عليها[5].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٥.

(ص): **(ومِن غَيبة الغاصب والسابي عليها والمشتري، ولا يُرجع إلى قولها)**

(ش): يعني: ويجب الاستبراء أيضا بثلاثة أطهار إذا غصبت، وغاب عليها الغاصب.

ابن عبد السلام: وقد اختلف لفظه في "المدونة" في الأمة المغصوبة يغيب الغاصب عليها، ثم تعود إلى ربها، فظاهر كلامه في أول الاستبراء الوجوب، ونص بعد ذلك على أن استبراءها مستحب، وينبغي أن يجري ذلك في الحرة، وكذلك يجب الاستبراء بالثلاثة إذا غاب عليها السابي من الكفار، أو المشتري، وسواء بيعت هذه الحرة جهلا أو فسقًا.

وقوله: (ولا يُرجع إلى قولِها)، أي: لا تصدق المرأة إن قالت: لم يصبني[1]. وفي بعض النسخ: (قولِهما): أي: الرجل والمرأة لحق الله تعالى[2].

(ص): **(وفي إيجاب ذلك في إمضاء الولي، أو فسخه قولانِ)**

(ش): يعني: إذا زَوَّجَ أجنبيٌّ امرأةً مع وجود وليها غير المجبر. وقلنا بأشهر قولي ابن القاسم: إن للولي الخيار في إجازته وفسخه ما لم يطل بعد البناء، فأمضاه بعد البناء بالقرب فهل هو تقرير، وكأن النكاح وقع بولي، فلا يحتاج إلى استبراء، وكذلك لا يحتاج إليه في الفسخ إذا أراد الزوج أن يتزوجها بعد الفسخ؟

أو يقال: إمضاؤه كابتداء نكاح، فيحتاج إلى استبراء؛ لأن الماء الأول فاسد، وكذلك يحتاج إليه في الفسخ؟ وحاصله: إن قيل: إن الماء صحيح، لم يحتج إليه، وإلا احتاجت[3].

والقول بالاستبراء هو ظاهر "المدونة" على ما وقع في بعض الروايات، ففيها: ويكره للرجل أن يتزوج امرأة بغير أمر ولي، أعني: ولي نسب[4].

ابن القاسم: فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ، فإن فسخه الإمام، أو وليها عند الإمام، ثم أرادته زوَّجها إياه مكانها، وإن كره الولي إذا دعته إلى سداد، وإن لم يساوِ حسبها ولا غناها، وكان مرضيا في دينه وعقله، وهذا إذا لم يكن

(١) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

(٤) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

دخل بها.

ابن يونس: يريد: فإن دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض[١]. لكن صرح في بعض الروايات بأن قوله: وهذا إذا لم يدخل بها. من كلام سحنون، والأولى رواية أبي عمران، لأنه قال: إن كان هذا الشرط لسحنون، فهو على مذهبه في العبد يتزوج بغير إذن سيده، فيجيز السيد أنه يستبرئ. قال: وقاله ابن الماجشون. وإن كان من كلام ابن القاسم، فهو خلاف ما ذكره ابن حبيب: أن مالكا قال: إن كل نكاح ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في استبراء منه، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدة منه[٢]. وهو في "الموازية" في المملوكة توطأ قبل العلم عليها الاستبراء[٣].

واستشكل جماعة الاستبراء هنا لعدم فائدته، فإن الولد لاحق به، وأجيب بأن الفائدة تظهر في القذف، فلو نسب الولد إلى شبهة في نسبه، لم يُحَد من نسبه إلى ذلك إذا نشأ من الماء الواقع قبل الفسخ أو الاختيار، ويحد إذا نشأ الولد بعد ذلك.

فرع

وأما إذا كان النكاح صحيحا، والوطء فاسدا كمن وطئ زوجته حائضا، فإنه لا يلزم من ذلك استبراء، قالوا: وكذلك لو كان النكاح فاسدا لصداقه[٤].

(ص): **(والأَمَةُ في النكاح الصحيح والفاسد كذلك، وفي الزنى والاشتباه كذلك)**

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (وفي الزنا والاشتباه حيضة)، يعني: أن الأمة الزوجة حكمها حكم الزوجة الحرة في هذه الأحكام إلا في القدر الذي تعتد به؛ فإنها تعتد بحيضتين، وتستبرئ في الزنا والاشتباه، يريد: ومن غيبة الغاصب والسابي والمشتري بحيضة واحدة. ولولا أن المصنف اعتمد على ما اشتهر من أن عدة الأمة حيضتان، لكان قوله: **(كذلك)** يوهم أن عدة الأمة ثلاث حيض، وعلى هذا فيكون التشبيه بذلك راجعا إلى أصل الوجوب لا إلى قدره[٥]. ووقع في بعض النسخ: (والأمة في النكاح الصحيح والفاسد حيضتان، وفي الزنا والاشتباه حيضة)، وهي أظهر[٦].

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٦) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

(ص): (وتُجبَرالكتابية على العدة من المسلم في طلاقه، وموته كالمسلمة)

(ش): قوله: (كالمسلمة) أي: فتعتد ذات الأقراء بثلاثة قروء، واليائسة والصغيرة بثلاثة أشهر، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشر، هذا هو المشهور، وحكى ابن الجلاب رواية ثانية بأن الذمية تعتد في الوفاة من المسلم بثلاثة قروء، وخرج على الروايتين ما إذا توفي عنها قبل البناء فعلى المشهور، وتعتد في الوفاة - أي: المسلم - بأربعة أشهر وعشر، وعلى الرواية الثانية لا عدة عليها، وإنما أجبرت الكتابية على العدة لحق الزوج[1].

واعلم أنه اختلف في الأقراء الثلاثة في عدة الحرة المسلمة، فقال الأبهري: الجميع استبراء، ولا تعبد فيها. وقال أبو بكر القاضي: القرء الأول لاستبراء الرحم، والقرءان الأخيران عبادة. واختار ابن يونس الأول، ولا يعترض عليه بأنه يكفي في الأمة القرء الواحد؛ لأنا نقول: ذلك كالحدود، إنما هي موضوعة على حرمة المحدود من العبيد والأحرار والمحصنين والأبكار[2].

وقال عبد الحق: قول أبي بكر هو الصواب[3]. وخرَّج بعضهم على قول أبي بكر قولا بأن الذمية تكتفي بقرء واحد في الوفاة، والطلاق بناء على أن الكفار غير مخاطبين بالأحكام، ولهذا روى أبو زيد عن ابن القاسم في النصرانية يموت عنها زوجها الذمي، فيتزوجها المسلم بعد حيضة: إنه لا يفسخ نكاحها.

(ص): (ويتزوجها المسلم بعد موت الذمي بعد ثلاثة قروء كطلاقه)

(ش): يعني: وقد دخل بها الذمي؛ لمقابلته ذلك بقوله:

(ص): (فإن لم يَدخل، تزوَّجها مكانَها فيهما)

(ش): أي: في موت الذمي وطلاقه، ولمالك في "العتبية": أنه يكتفى بحيضة واحدة من طلاق الذمي[4].

(ص): (أقسامُها مُعتادة، ومُرتابة بتأخير الحيض، وصغيرة، ويائسة، وحامل، ومُرتابة بالحمل)

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

(ش): الضمير في (أقسامها) عائد على العدة فـ (معتادة) فيه حذف مضاف، أي: عدة معتادة، ويحتمل عوده على المعتدات، ويترجح الأل بأنه لو أراد الثاني لقال: أقسامهن. في الأفصح، وحصرها فيما ذكره استقراء، ثم أخذ المصنف يتكلم على كل قسم، فقال:

(ص): **(فالمعتادة: ثلاثة قروء للحرة، وقرءان للأمة)**

(ش): ما ذكره في الحرة هو نص الآية الكريمة، ولا فرق بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا على المعروف. وقيل: إن العدة تتشطر بكون أحد الزوجين رقيقا، وما ذكره في الأمة متفق عليه عندنا، ويعضده ما رواه أبو داود، وغيره: أنه عليه الصلاة والسلام قال: "طَلاقُ الأمَةِ طلقتان، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ"[١]. لكنه ضعيف عند أهل الحديث، قيل: والصحيح أنه من كلام أبي عمران[٢].

(ص): **(والأقراء الأطهار، وجاء لفظُ الحيضِ موضعَه كثيرا على التسامح)**

(ش): قال بقولنا الشافعي، وهو قول عائشة، وزيد بن ثابت، وابن عمر، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، وابن شهاب، وأبان بن عثمان، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة: الأقراء هي الحيض. وهو مروي عن أبي بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وأبي موسى، وغيرهم. وضعف أحمد أسانيد ما روي عن عمر، وعلي، وابن مسعود[٣].

وبالجملة: فكل من القولين مروي عن جماعة من الصحابة والتابعين، ولولا قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، مع حديث ابن عمر في طلاق الحائض، لكان مذهب أبي حنيفة أظهر؛ لأن المقصود من العدة: إنما هو العلم، أو الظن ببراءة الرحم، والدال على ذلك: إنما هو الحيض، وأما الطهر فيوجد مع الحمل.

---

(١) أخرجه الترمذي، رقم (١١٨٢) وَفِي الْبَاب، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ أَبُو عِيسَى: حَدِيثُ عَائِشَةَ، حَدِيثٌ غَرِيبٌ، لا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إلا مِنْ حَدِيثِ مُظَاهِرِ بْنِ أَسْلَمَ، وَمُظَاهِرٌ لا نَعْرِفُ لَهُ فِي الْعِلْمِ غَيْرَ هَذَا الْحَدِيثِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، وَغَيْرِهِمْ، وَهُوَ قَوْلُ: سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاق.

وأخرجه أبو داود، رقم (٢١٨٩) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

قوله: (وجاء لفظ الحيض) أي: إنهم قد يطلقون لفظ الحيض موضع الطهر كثيرا على التسامح. ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف هو مذهب المحققين، وذهب بعض الشيوخ إلى حمل هذه الإطلاقات على ظاهرها، فنقل عن المذهب قولا كمذهب أبي حنيفة، وهو بعيد؛ لأن هذه المسامحة جرت على لسان من علم أنه لا ينصر إلا قول مالك[1].

(ص): (**وطُهرُ الطلاق تَعتدُّ به، ولو لحظةً**)

(**ش**): لا خلاف في هذا عندنا، وليس كمذهب أبي حنيفة في التي تطلق في الحيض؛ فإنها لا تعتد بذلك الحيض عنده، وإن قال: القرء هو الحيض.

(ص): (**فتَحِلُّ بأول الحيضة الثالثة على المشهور، وينبغي ألا تَعجل إذ قد ينقطع عاجلا، فلا تَعتدُّ به....**)

(**ش**): أتى بالفاء لأن هذا مرتب على ما قبله، وأيضا فلما قدم أن الطهر الأول تعتد به، ولو لحظة، خشي أن يتوهم منه أن الجزء الأول من الطهر الأخير يقوم مقام جميع الطهر، فتحل ببعضه، فبين ذلك، وأنها لا تحل إلا بجميعه[2]. ومقابل المشهور رواه ابن وهب، عن مالك: أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى يعلم أنها حيضة تامة. وخرج ابن رشد على قول ابن الماجشون: أن أقل الحيض خمسة أيام: أنها لا تحل لغير المطلق حتى تمكثها، وكذلك على القول: إن أقله ثلاثة، وعلى أنه يوم، وفيه نظر، ألا ترى أن مالكا، وابن القاسم يريان الدفعة ونحوها ليست بحيض في هذا الباب، مع أنها تبين برؤيتها أول الدم الثالث، فلا يبعد أن يسلك ابن الماجشون، وغيره هذا المسلك.

ابن رشد: بناء على تخريجه، وعلى قول ابن الماجشون، وابن مسلمة: لو انقطع الدم، فإن عاد بالقرب لفق منه العدة المذكورة، وإن لم يعد إلا بعد البعد كانت تلك الدفعة ونحوها ملغاة لا يعتد بها، وحكم ذلك حكم دم العلة والفساد، وتقضي ما تركت فيه من الصلاة.

عياض: وقول شيخنا: تقضي ما تركت فيه من الصلاة؛ فيه نظر لا يوافق عليه.

وقوله: (وينبغي ألا تعجل) يعني: وإذا قلنا تحل للأزواج برؤيتها أول الدم الثالث،

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.

فينبغي ألا تعجل بالتزويج لاحتمال أن ينقطع الدم عنها قبل استبرائها حيضة[١].

واعلم أن قوله: (وينبغي) هو من كلام أشهب في "المدونة"، والكلام الأول لابن القاسم، كذا قال الجمهور، واختصر ابن أبي زمنين "المدونة" على أن مجموع الكلام لأشهب، وعلى الأول فاختلف هل كلام أشهب وفاق وهي طريقة المصنف، وأكثر الشيوخ، او اختلاف وإليها ذهب غير واحد وهو مذهب سحنون لقوله: هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب: أنها لا تحل للأزواج، ولا تبين من زوجها حتى يتبين أنها حيضة مستقلة؛ وهو مذهب ابن المواز، وابن حبيب[٢].

وعلى هذا فيكون قول أشهب: وأحب. محمولا على الوجوب، ويبين ذلك تعليل أشهب بقوله: أن قد ينقطع عاجلا فإنه علة تقتضي الوجوب. واختلف القائلون بحمل قوله على الخلاف لو انقطع الدم ما الحكم؟ فقال أبو عمران، وابن رشد، وغيرهما: لا يضرها ذلك، وقد حلت للأزواج برؤيته أولا[٣].

ورأوا أن مذهب ابن القاسم في مقدار الحيض واحد في باب العبادة والعدة. ومنهم من قال: بل يضرها، وإنما لم يطلب منها ابن القاسم ما طلبه أشهب؛ لأن الأصل عدم انقطاع الدم، وهو أيضا الغالب؛ فلا يلزمها وجوب ولا استحباب رعيا لمخالفة الأصل والغالب، وإلى هذا ذهب جمهورهم: أنه إن لم يتمادَ بها الدم، لا تحسب به حيضة.

فرعان مترتبان على قول الجمهور

الأول: لو ماتت الزوجة بعد رؤية الدم، وقبل التمادي، فإنه يحمل أمرها فيه على التمادي، ولا يرثها مطلقا، وإن مات الزوج حينئذ، لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشيء القريب: انقطع الدم عني. وكان موته بإثر قولها ذلك ورثته. نقله ابن عبد السلام.

الثاني: عياض: واختلف إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم، وعدم تماديه، ثم رجع الدم بقرب، هل هي رجعة فاسدة؛ إذ قد ظهر أنها حيضة صحيحة، وقعت الرجعة فيها؛ فتبطل، وهو الصحيح. وقيل: لا تبطل رجع عن قرب، أو بعد.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٠/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٥/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٥٢/١، والكافي: ٦١٩/٢.

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣٠/٦، ومنح الجليل: ٢٠/٩.

خليل: وهذا الكلام يدل على أنها لم يعاودها الدم أن الرجعة صحيحة، وأن للزوج الرجعة، وإن قالت قبل ذلك: رأيت الدم. ثم ادعت انقطاعه[١].

(ص): **(ولا يُقبل قولها بعد التزويج، ولا قبله في ثبوت الرجعة)**

(ش): ابن راشد: يعني: إذا ادعى زوجها أنه ارتجعها قبل انقضاء العدة، وأقرت هي بصحة قوله، فإن قولها في ذلك غير مقبول[٢]. هذا الذي ظهر لي من قوله، وما كان يحتاج إلى هذا، فقد سبق له في الرجعة ما يغني عنه. وقال ابن عبد السلام: يعني: إذا فرعنا على المشهور أن لها أن تتزوج، ولم تفعل ما استحب لها من التأخير، فتزوجت، فبعد أن عقد عليها النكاح، قالت: انقطع الدم[٣]. لم يقبل قولها، لأن ذلك إقرار على غيرها، وهو الزوج، فتتهم على إرادة فسخ نكاحه، وكذلك لو لم تتزوج فتتهم على إنشاء نكاح مع مطلقها من غير صداق، ولا ولي، فعلى هذا لو دفع إليها المطلق ربع دينار وأحضر الولي لما منعت من ذلك، إذ لا موجب للتهمة، والله أعلم[٤].

وانظر كلام المؤلف، ووفق بينه وبين قول أشهب في "المدونة": أحب إلي ألا تنكح حتى تستمر الحيضة، لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يوما، ثم ينقطع عنها، فيعلم أن ذلك ليس بحيضة، فإذا رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة، فلترجع إلى بيتها، والعدة قائمة، ولزوجها الرجعة حتى تعود عليها حيضة صحيحة مستقيمة. انتهى كلام ابن عبد السلام، وفيه نظر؛ لأنها إذا قالت: انقطع عني. قبل التزويج، فإما أن تبني على قول أبي عمران، وابن رشد: أن ابن القاسم يرى أن أقل الحيض لا حد له هنا كما في العبادة أولا، فإن كان الأول فلا عبرة بكلامها؛ لأنه قد كمل لها حينئذ ثلاث حيض، وإن بنينا على قول الأكثر، فيقبل قولها؛ لأنها حينئذ لم تحض ثلاثا، ويكون لزوجها الرجعة، وقد تقدم في الفرع الثاني من كلام القاضي عياض ما يدل على ذلك، وقد صرح غيره بذلك، وعلى هذا فكلام ابن راشد أحسن، والله أعلم.

(ص): **(فإن طُلقتْ في حيض، أو نفاس، حلت بأول الرابعة، والأمة بحسابها)**

(ش): لأنها لا تعتد بالحيضة التي طلقت فيها، وكذلك النفاس، فلأجل ذلك لا

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

تحل إلا بالدخول في الحيضة الرابعة[١]. قوله: (والأمة بحسابها)، أي: فتحل بالدخول في الحيضة الثالثة.

(ص): (وإذا حاضت يوما أو بعض يوم، ففيها يسأل النساء، أيكون هذا حيضا أم لا، وقال أيضا: ولاتكون حيضة أقل من يومين. ابنُ مَسلمة: لا تكون أقل من ثلاثة. ابن الماجِشون، وسَحنونٌ: لا تكون أقل من خمسة. ولذلك قال سَحنونٌ: لا تنقضي بأقل من أربعين، وقد تقدم الطهرُ في الحيض....)

(ش): قد تقدم أن أبا عمران، وابن رشد تأولا على "المدونة": أنه لا حد لأقل الحيض هنا كالعبادات، وأن أكثرهم خالفهما هنا في ذلك، ونص المازري على أن المشهور عن مالك نفي التحديد، وإسناد الحكم إلى ما يقوله النساء: إنه حيض[٢]. ونص أشهب في "المدونة" أن اليوم لا يكون هنا حيضا، وحكى الخطابي، عن مالك: أنه لا تكون الحيضة هنا أقل من يوم، وكل من قال بالتحديد بيوم، أو يومين، أو ثلاثة، أو خمسة، فإنما قال ذلك لعادة جرت عنده. وصرح المصنف، عن سحنون: أنه يقول: إن أقل الحيض خمسة، وإنما يحكيه غيره استقراء من قوله: إنها لا تنقضي بأقل من أربعين، أي بناء على أن أقل الحيض خمسة، وعلى المشهور أن أقل الطهر خمسة عشر يوما، وذلك أنه يقدر كون الطلاق وقع آخر لحظة من الطهر، فهذا قرء، ثم حاضت بعد خمسة أيام، ثم طهرت خمسة عشر يوما، ثم حاضت خمسة، ثم طهرت خمسة عشر يوما، ثم دخلت في الدم الثالث، وذلك أربعون، ولو بنى على قوله: إن أقل الطهر ثمانية لانقضت بستة وعشرين[٣].

قوله: (وقد تَقدَّم الطهرُ في الحيض): فيه حذف خطابين تقديرهما: تقدم مقدار الطهر في (كتاب الحيض)، وحاصل كلام المصنف: أن الطهر في البابين سواء، وإنما يختلف البابان في مقدار الحيض.

(ص): (والمرتابة بغير سبب معتاد، حرة أو أمة، تتربص تسعة أشهر استبراءً، ثم ثلاثة أشهر عدة، فتحل عقب السنة، كما قضى عمر، ولذلك قال مالك: عدة الطلاق بعد الرِّيبة، وعدة الوفاة قبل الرِّيبة)

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٩/٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٤/٦، وإرشاد السالك: ١١٨/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣٠/٦، ومنح الجليل: ٢٠/٩.

(ش): لما انقضى كلامه على المعتادة أخذ يتكلم على المرتابة بتأخير الحيض[١].

وقوله: (بغير سبب معتاد) احترز بذلك مما لو تأخر حيضها لسبب معتاد، وسيأتي[٢]. وسوَّى المصنف بين الحرة والأمة في التربص تسعة أشهر، وهي زمان الحمل غالبا، فإذا لم يظهر بها حمل، ولا رأت ما حصل الظن أنها ليست بحامل، وأنها لا ترى دما، فقام ذلك مقام الإياس من كونها من أهل الأقراء، فتعتد حينئذ كعدة الآيسة ثلاثة أشهر مضافة إلى التسعة، ولا تدخل فيها، وهو معنى قوله: (فتحل عقب السنة)، ثم أشار إلى دليل هذا الحكم بقوله: (كما قضى عمر)، وبه قال ابن عباس، ولا يعلم لهما مخالف، وهذا هو المشهور[٣].

وذكر في "الكافي "قولا آخر: إن المرتابة لا تخرج من عدتها حتى تستوفي بقيتها، وترفع الريبة. وقال أشهب: تعتد الأمة بأحد عشر شهرا تسعة استبراء، وشهران للعدة، وهو الظاهر لأن الثلاثة أشهر إنما لم تتشطر في حق الأمة؛ لأجل أن الحمل لا يظهر في أقل منها، وهاهنا قد حصل قبلها تسعة أشهر.

وقوله: (ولذلك قال مالك.... إلخ) إنما كانت عدة الطلاق بعد الريبة قبلها لأن المطلقة تطلب أولا بالأقراء، فإذا مضت لها تسعة أشهر، ولم تر شيئا علمت أن عدتها بالأشهر، والمتوفى عنها تعتد بالأشهر، فإذا انقضت عدتها، ولم تر حيضا، وهي ممن تحيض في ذلك القدر حصلت الريبة، فأمرت أن تنتظر حمل النساء غالبا، وهو تسعة أشهر لتزول الريبة[٤].

(ص): **(فإن حاضت في السنة، ولو آخرها انتظرت الثانية كذلك، ثم الثالثةَ)**

(ش): يعني: إذا قلنا تتربص سنة، فإن جاءتها الحيضة، ولو في آخر السنة انتقلت إلى الحيض؛ لأن الحيض يدل على الإقراء، فإذا ظهر الأصل قبل ترتب البدل، وجب إلغاء البدل كما في سائر الأصول، أما لو رأت الدم بعد السنة، ولو بقليل، لم يكن له أثر؛ لأن المرأة قد حلت للأزواج بانقضاء السنة، فكان ذلك بمنزلة ما لو طرأ الماء على المتيمم، وهو في الصلاة، وما ذكر المصنف من انتظار الثانية، والثالثة، كذلك

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٥.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

هو المشهور.

وقال ابن نافع: إن حاضت حيضة، أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، أو كانت ممن تحيض، فإنها تنتظر أقصى الحمل خمس سنين، وإن كانت ممن يئس مثلها من الحيض، اعتدت بالسنة؛ تسعة أشهر، ثم ثلاثة[1].

سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما، والعدة فيهما بالسنة. الشيخ أبو محمد: يعني سحنون: فيمن يحتمل أن تحيض، وأما من لم تحتمل ذلك، فعدتها ثلاثة أشهر.

(ص): **(فإن احتاجت إلى عدة أخرى قبل الحيض، ففي الاكتفاء بثلاثة أشهر قولانِ)**

(ش): يعني: إذا تمت عدتها بالسنة، ثم احتاجت إلى عدة أخرى، إما بأن تزوجت غير زوجها، ودخل بها، ثم طلقها، وإما أن يكون زوجها قد ارتجعها، ثم طلقها: فروى محمد، عن مالك، وأصحابه: أن عدتها ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة؛ لأنها لما اعتدت بالشهور صار لها حكم اليائسة، والقول بأنها لا تكتفي بثلاثة أشهر، وتنتظر السنة، لم أره معزوًّا[2].

(ص): **(وتكفي في الأَمَةِ المشتراةِ في العدة بعد مضي تسعة أشهر باتفاق)**

(ش): قال في "المدونة": وإن اشترى معتدة من طلاق، وهي ممن يحيض، فارتفعت حيضتها، فإذا مضت سنة من يوم الطلاق، وليوم الشراء ثلاثة أشهر، فأكثر، حلت، وعلى هذا ففاعل (تكفي): ضمير عائد على السنة، ويكون كلامه مقيدا بما إذا بقي من السنة من يوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر، ويحتمل أن يكون ضمير (تكفي) عائدا على الثلاثة أشهر المتقدمة في قوله: (ففي الاكتفاء بثلاثة أشهر قولانِ)، وذكر عن القابسي في معتدة من طلاق اشتريت فرفعتها حيضتها: أنها لا توطأ إلا بعد سنة، ولو قال القوابل بعد ثلاثة أشهر، وقبل سنة لا حمل بها؛ فلا توطأ إلا بعد حيضتين، أو سنة لا حيض فيها[3].

قال: وليست كالمعتدة من الوفاة هذه إن قال القوابل: بعد ثلاثة أشهر، وقبل تسعة لا حمل بها؛ حلَّ لمشتريها وطؤها لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٢، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٥.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٣، وحاشية الصاوي: ٦/٢٩.

وخمس ليال، والتربص لزوال الريبة، فمتى زالت حلت، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر، وفي "المدونة" أيضا: من اشترى معتدة من وفاة زوج، فحاضت قبل تمام شهرين، وخمس ليال، لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء، وإن انقضت ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر، وحست من نفسها، انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها حلت، وإن ارتابت بعدها بحس البطن، لم توطأ حتى تذهب الريبة[١]. وأتيتُ بالكلام في المشتراة في عدة الوفاة استطرادا، لأن كلام المصنف لا يتناولها، إذ هو الآن إنما يتكلم في عدة المطلقة.

(ص): (**وبسببٍ معتادٍ كمن اعتادته بعد انقضاء سنة، ففي انتظارها لاعتبار الأقراء قولان، وعلى انتظارها تحل بانتفائها**)

(**ش**): هذا قسيم قوله: (والمرتابة بغير سبب معتاد)، أي: والمرتابة بسبب معتاد، وجعل المصنف الأسباب أربعة: الأول: إذا كانت عادتها أنها لا تحيض إلا في كل سنة، أو نحو ذلك. والثاني: الرضاع. والثالث: المرض. والرابع: الاستحاضة. واقتصر في الجواهر على الثلاثة الأخر، وهو أحسن؛ **لأن** في إدخال من تأخر حيضها بسبب العادة تحت المرتابة تسامحا، والقول بانتظارها الأقراء لمحمد، وهو الذي حكاه اللخمي، وغيره.

ابن عبد السلام: وهو الظاهر[٢]. ابن راشد: وهو الصحيح عملا بعموم الآية، لأن عمدة المذهب في التربص سنة إنما هو قضاء عمر، وهو إنما كان فيمن رفعتها حيضتها[٣].

ابن راشد: وقيل: تحل بانقضاء السنة. وقال ابن عبد السلام: لا أتحقق وجود هذا القول في المذهب. ويمكن أن يريد المصنف: أنها تحل بثلاثة أشهر، لكن هذا القول إنما نقله أشهب، عن طاوس، ووجهه أنه حمل الآية في الأقراء الثلاثة على الغالب من حصول الطهر والحيض في شهر[٤]. وعلى الانتظار، فقال محمد: إن لم تحض عند

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.
(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.
(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٥.
(٤) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

مجيئها حلت، وإن حاضت من الغد، وهذا معنى قوله: (وعلى انتظارها تحل بانتفائها)، وكذلك في الحيضة الثانية والثالثة، واستشكله اللخمي فقال: وليس هذا أصل المذهب، ألا تحتسب بالحيض إذا جاء من الغد، لأن الحيض يتقدم، ويتأخر.

ثم تكلم المصنف على الرضاع، فقال:

(ص): (**والمرضِعةُ تتربصُ ثلاثةَ قروء لا بالسَّنَةِ اتفاقا، فإذا انقطع الرضاع تربَّصت حينئذ كالأولى....**)

(ش): ما حكاه من الاتفاق حكاه محمد، فقال: لم يختلف قول مالك، وأصحابه في عدة المرضع: إنها لا تعتد بالسنة، وعليها أن تنتظر الحيض أبدا ما دامت ترضع حتى ينقطع عنها الرضاع، فتستقبل ثلاث حيض، فإن لم تحض حتى أتت عليها سنة من يوم قطعت الرضاع حلت. وهذا معنى قول المصنف: (فإذا انقطع الرضاع تربصت حينئذ كالأولى)، وعلل محمد انتظارها للأقراء بأنا عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع عنها الحيض، فكانت عدتها بالأقراء كما قال الله تعالى، أي: فلم تدخل تحت اليائسات.

(ص): (**وللزوج انتزاعُ ولدِه فرارا مِن أن ترثه، أو ليتزوَّج أختَها، أو أربعةً في طلاق يملكُ فيه الرجعةَ، إذا لم يضر بالولد....**)

(ش): هكذا قال مالك، ومحمد، وهو مشروط بأن لا يضر بالولد، كما إذا علق بأمه، ولم يقبل غيرها. مالك في "العتبية": وكذلك هي إذا طلبت طرحه، فلها طرحه إذا قبل ثدي غيرها، وكان للأب مال[1].

وإنما قال المصنف: (في طلاق يملك فيه الرجعة)؛ لأنه لو كان طلاقا بائنا لم يحتج إلى انتزاع الولد؛ لأنها حينئذ لا ترثه، وله أن يتزوج أختها، أو رابعة، ثم تكلم المصنف على المرض، فقال:

(ص): (**والمريضةُ: قال ابن القاسم: كالمرتابة بغير سبب، وقال أشهب:** كالمرضع)

(ش): قوله: (كالمرتابة بغير سبب)، أي تتربص سنة، ورأى أشهب أن المرض يذهب الدم فكان كالرضاع، وفرق ابن القاسم بينهما بأن المرضعة قادرة على إزالة ذلك السبب، فكانت قادرة على الأقراء، بخلاف المريضة، فإنها لا تقدر على رفع ذلك السبب، فأشبهت اليائسة[2]. وقول ابن القاسم مروي عن مالك، وبه قال أصبغ، وابن

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

عبد الحكم، واختار ابن المواز قول أشهب، ثم تكلم المصنف على السبب الرابع، وهو الاستحاضة، فقال:

(ص): (**وأما المستحاضة: فإن كانت مميّزةً بين الدمَيْنِ فروايتانِ، ابن القاسم: يُعتبر الحيضُ المميَّز، ابن وهب: كالمرتابة، وغيرُ المُميّزة كالمرتابة....**)

(**ش**): حاصله أن المستحاضة على ضربين: إن كانت غير مميزة فهي كالمرتابة باتفاق، فعدتها سنة، وإن ميزت فروايتان، واختار ابن القاسم أنها تعمل على المميز الذي لا شك فيه، وهو المشهور، واختار ابن وهب أن تعتد بالسنة كالأولى وتمييزه برائحته، ولونه، وقال ابن المواز: بكثرته، أي: إن دم الحيض كثير، ودم الاستحاضة قليل، والأمة في ذلك كالحرة.

تنبيه

الباجي: انتظارها سنة ظاهر في تقديم الاستحاضة، وأما في تأخيرها ففيه نظر، وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض، فإذا وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيضة، واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض والاستحاضة إلى ما قبله. وقاله ابن القاسم. تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة، ووجهه أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم، فلا تلفق. وقال بعضهم: إذا قلنا: تبني على أيام الاستحاضة، فاختلف إذا لم تعلم أول الدم، هل كان حيضا، أو استحاضة؟ فقيل: محمله على الاستحاضة، وتكون السنة من يوم الطلاق[1].

محمد: والقياس أن تكون السنة من بعد قدر حيضة والاستطهار.

(ص): (**وأما الصغيرةُ، واليائسةُ، حرةً، أو أمةً، فثلاثةُ أشهرٍ بالأهلَّة**)

(**ش**): لقوله تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، أي: كذلك، وقوله: (حرة، أو أمة) هو المشهور، ووجهه أن الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر. وحكى ابن بشير قولين آخرين: شهر ونصف. والثاني: شهران. وقوله تعالى: ﴿إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾، أي: فلم تدروا ما عدتهن، هكذا فسره مالك في "العتبية"، وقال ابن بكير، والقاضي إسماعيل: إن ارتبتم

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٤، والتلقين: ١/١٣٥، وبلغة السالك: ٢/٤٤٥.

في معاودة الحيض. قالا: ولو كانت ريبة ماضية في الحكم لكان حقها: (أن ارتبتم). بفتح الألف من ﴿إِنِ﴾. قالا: واليائس في كلام العرب: إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء، يقال: يئست من الحيض. لشدة مرضه، ومن الغائب. لبعد غيبته، ولا يقال: يئست من الميت الذي قد انقطع منه الرجاء.

قال اللخمي: والأول أحسن، لقوله: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ﴾، ولا يجتمع الإياس والشك. وقال بعض المفسرين: المعنى: إن ارتبتم هل الدم الذي ظهر من المرأة استحاضة، أو حيض معهود، أو كبر؟ وقال بعضهم: إنه متصل بأول السورة، والمعنى: لا تخرجوهن من بيوتهن إن ارتبتم في انقضاء العدة، قيل: وهو الأصح في معنى الآية. وقوله: (بالأهلَّة) ظاهر[١].

(ص): (**فإن انكسر الأوَّل تُمم المنكسرُ ثلاثين من الرابع، وقيل: تُمم الثلاثة**)

(ش): أي: فإن انكسر الشهر الأول بأن طلقها في أثناء شهر، وما قدمه المصنف هو في "المدونة" على بعض الروايات، لكن صرح عياض، وغيره بأن ذلك إنما هو عن ابن شهاب، وربيعة[٢].

المتيطي، عن بعض القرويين: وقولهما مخالف لقول مالك. وقال أبو عمران: لعل ربيعة يريد: إذا لم تر الأهلة مثل أن يغم الهلال، وهو أحسن من الخلاف، والقول الثاني هو مذهب "المدونة"، ونص عليه في (كتاب أكرية الدور)، وصرح بعضهم بمشهوريته، وهو الذي يأتي على ما ذكره المصنف في الظهار بقوله: فإن انكسر الأول تمم المنكسر ثلاثين من الثالث، وهو الظاهر؛ لأن المطلوب ما يصدق عليه ثلاثة أشهر، وذلك حاصل بهذا القدر، ووقع في بعض النسخ تقديم هذا القول، وهي أحسن[٣].

(ص): (**قال مالك: وتلغي اليومَ الأولَ، بعد أن قال: تَحتسبُ به إلى وقته**)

(ش): أي: إذا طلقت في بعض يوم، وعلى قوله الأول، إنها تحتسب به إلى وقته، فتحل في تلك الساعة. قال في "البيان": ووجهه أنها تجب عليها بإجماع أن تبتدئ العدة من تلك الساعة، ولتجتنب الطيب والزينة من حينئذ، إن كانت عدة وفاة، فيجب أن تحل في تلك الساعة. قال: ووجه الثاني: أن السنة والشهر واليوم لما كان أول كل

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٩/٦.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٥/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٤/٦، وإرشاد السالك: ١١٨/١.

واحد منها غروب الشمس عند العرب والعجم وجب إلغاء بعض اليوم. وعلى الثاني: لو تزوجت بعد الوقت الذي هلك فيه زوجها، وقبل غروب الشمس، لَفسخ النكاح. وقال ابن القاسم: لا يفسخ. وهو قول ثالث، وهو استحسان مراعاة للخلاف.

(ص): (**فإن رأت الدم قبل تمامها عادت إلى الأقراء**)

(**ش**): يعني: فإن رأت الصغيرة الدم قبل تمام الأشهر، فإنها تلغي ما قدم، وتعتد بالأقراء، ولو كان ذلك في آخر يوم من الأشهر؛ لأنها إنما اعتدت بالأشهر لتعذر الحيض، وإنما خصصنا كلامه هنا بالصغيرة، كما قال ابن راشد، ولم نعممه في الصغيرة والكبيرة كما قال ابن عبد السلام، لأنه سيتكلم في اليائسة[١].

والعدد بالنسبة إلى الصغيرة مجاز؛ لأنه حقيقة في الرجوع إلى شيء تقدم، ثم كلامه مقيد بما إذا كانت في سن من تحيض، وأما من لم تحِض، فلا اعتبار به، وهو دم علة وفساد، كما لو رأته بنت الستة ونحوها، وهذا معنى قوله:

(ص): (**وما تراه مَن لا يحيض مثلها لا اعتداد به**)

(**ش**): ثم تكلم عن اليائسة فقال:

(ص): (**وما تراه اليائسةُ يُسأل النساء عنه، فإن كان حيضا، انتقلتْ إليه، ثم تكون بعده كالمُرتابة بعد حيضة....**)

(**ش**): أي: إذا قال النساء: إنه حيض، فليست بيائسة، وإنما معنى الكلام: وما تراه من شك في كونها يائسة، فإن قلن: إنه حيض انتقلت إليه[٢].

قال في "المدونة": ون قلن: ليس بحيض[٣]. وكانت في سن من لم تحض من بنات السبعين والثمانين، لم يكن ذلك حيضا، وتمادت بالأشهر. ونص في "المقدمات " في (كتاب الطهارة) على أنه إذا شك في هذا الدم أنه يحكم له بحكم الحيض حتى يظهر.

(ص): (**والتي لم تحض، وإن بلغت الثلاثين كالصغيرة**)

(**ش**): يريد: وأكثر من الثلاثين، وقد صرح في أصل "المدونة" بأن الأربعين كذلك، قال علماؤنا: وأما لو حاضت مرة في عمرها، ثم انقطع عنها سنين كثيرة

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

لمرض، أو غيره، وقد ولدت أو لم تلد، ثم طلقت، فإن عدتها بالأقراء، ما لم تبلغ سن من لم تحض، فإن أتتها الأقراء، وإلا تربصت سنة كما تقدم.

(ص): (**والحامل تحل بوضع جميع حملها لا بأحد التوءمين، ولذلك صحت الرجعة قبل وضع الثاني، ولا فرق بين الكامل والعلقة كالاستيلاد....**)

(**ش**): لقوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وذلك يتناول جميع الحمل، فلذلك فلا تحل إلا بوضع الثاني، فإذا لم تحل كان للزوج الرجعة، ولفظ الحمل يتناول الكامل والعلقة، ونص في "المدونة" في (إرخاء الستور) على أنها تحل بالمضغة والعلقة، وتكون بها أم ولد، ونص في الاستبراء على أن الدم المجتمع كذلك. وقال أشهب: لا تحل بالدم المطلقة، ولا تكون به الأمة أم ولد. قيل: وعلامة هذا الدم عند ابن القاسم أن يصب عليه الماء، فلا يذوب[1].

ابن عبد السلام: وما تقدم من أنها تحل بالدم عند ابن القاسم، ولا تحل به عند أشهب، هو المعلوم من المذهب، وعكسه عياض في بعض تواليفه.

(ص): (**والمرتابة بحَسِّ البطنِ لا تُنكح إلا بعد أقصى أمد الوضع، وهو خمسة أعوام على المشهور، وروي أربعة، وسبعة، وقال أشهب: لا تحل أبدا حتى يتبين....**)

(**ش**): ما ذكره المصنف أنه المشهور كذلك، قال ابن شاس، وغيره وهو قوله في (كتاب العدة) من "المدونة"، والقول بالأربع هو أيضا لمالك في (كتاب العتق) من "المدونة".

عبد الوهاب: وهي الرواية المشهورة. قال ابن الجلاب: هو الصحيح. وروى أشهب، عنه: أن أقصاه سبعة أعوام، وقال أشهب: لا تحل أبدا حتى يتبين براءتها من الحمل. قال: وأرى أن المرأة تلد أبدا، إذا كانت ترى الدم، حتى يذهب عنها، ثم تستقبل تسعة أشهر. وهذا يصحح النسخة التي ذكرناها، وهي قوله: (حتى يتبين)، لا ما وقع في بعض النسخ: (حتى يتأيس)، من الإياس؛ لأنه لا يزم من بلوغها سن الإياس أن لا يكون في بطنها حمل متقدم، وإنما يمنع الإياس ابتداء الحمل، ويمكن أن يكون المعنى: حتى تيأس من الحمل؛ فيتفق معنى هذه والأولى، وما جاء هذا الإشكال إلا من فهم الإياس من الحيض، ونقل الجوهري في إجماعه، عن محمد بن الحكم: أن

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٠/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٣/١٣.

أكثره تسعة أشهر.

ابن عبد السلام: ولا أعلم له موافقا، كما لا أعلم له موجها، لأن العيان يقتضي خلافه بما لا يشك فيه، ولعله لم يصح عنه[١].

وروي عن مالك: أنه لا تحد في ذلك، بل يلحق الولد بما يقول النساء: إنه يلحق به[٢]. وهو أظهر، وسيأتي هذا القول من كلام المصنف.

(ص): (والنساء كلهن فيه سواء)

(ش): أي: فيما تقدم، وهو أكثر مدة الجمل، ولعله إنما ذكر هذا إشارة إلى دفع ما يقال: إنه وجد من بني فلان من لا تلد إلى كذا، وفي بني فلان من لا تلد إلى كذا[٣].

(ص): (ولو أتت بعد العدة بولد لدون أقصى الحمل لحق به، إلا أن ينفيه باللعان، ولا يضرها إقرارها بانقضاء العدة، لأن الحامل تحيض....)

(ش): يعني: أن المرأة المطلقة، وفي معناها المتوفى عنها، إذا أتت بعد انقضاء العدة بولد، فإنه لحق به إذا أتت به لما يلحق فيه الولد، ولا ينتفي عنه إلا بلعان، لأن الولد للفراش، وكلام المصنف ظاهر التصور، وهو مقيد بما إذا لم تتزوج غير هذا الزوج، أو تزوجت غيره، وأتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني، وحينئذ ينفسخ نكاح الثاني لأنه نكاح في عدة، وترجع إلى الأول، وأما إن أتت به لستة أشهر فأكثر، فهو لاحق بالثاني قطعا[٤].

(ص): (وفيها لو تزوجتْ قبل خمس سنين بأربعة أشهر، فأتت بولد لخمسة أشهر، لم يلحق بواحد منهما، وحُدت، واستضعفه بعضهم، وقال: كأن تحديد خمس سنين فرض....)

(ش): إنما لم يلحق بالأول للزيادة على الخمس سنين، ولم يلحق بالثاني لنقصانه عن أقل الحمل، إذا لم يلحق بواحد منهما، فتحد قطعا، والمستضعف لهذا هو القابسي. ابن يونس: وكان يستعظم أن ينفى الولد من الزوج الأول، وتبعه على ذلك اللخمي، وهو استضعاف ظاهر، ولظهوره عقب المصنف ذلك بقوله:

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٤/٣، والتلقين: ١٣٥/١، وبلغة السالك: ٤٤٥/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٤٨٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٩/٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٤/٦، وإرشاد السالك: ١١٨/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٠/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٥/١.

(ص): (وكان مالك يقول: إذا جاءت به لما يشبه، لزم)

(ش): وإلا فكان الأليق بالمصنف أن يقدم هذا القول لما ذكر الخلاف، والله أعلم[١].

(ص): (ومَن أَقر أنه طلق امرأته في سفر، أو غيرِه، ولا بينةَ استأنَفتِ العدةَ مِن يوم إقراره، وورِثَتْه فيها في الرجعيِّ، ولا يرثها، ولا رجعة له إن انقضى قدْر العدةِ مِن يوم طلاقِ إقرارِه، فإن كانت بينةٌ فالعدةُ مِن يوم طلق....)

(ش): صورة المسألة من كلامه ظاهرة، وإنما استأنفت العدة من يوم أقر؛ لأن العدة حق لله تعالى، فلا يصدق في إسقاطها، ولذلك ورثته في الطلاق الرجعيِّ، ما دامت في العدة، وإنما لم يرثها ولم تكن له رجعة إذا انقضت العدة من يوم طلاق إقراره؛ لأنه أقر أنها حينئذ أجنبية، فالشرط في قوله: (إن انقضى) راجع إلى مسألتي الميراث والارتجاع معا[٢]. قال في "المدونة": وإن كان الطلاق بتاتا لم يتوارثا بحال.

أبو الحسن: وانظر لو قال الزوج: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى: هل يصدق، وتكون له الرجعة، كما صدقوا المرأة إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا، ولم تصدق عليه، ثم خالعها، وأرادت نكاحه، وقالت: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى، لأتخلص منه، أن ذلك لها، وكما صدقوها إذا طلقت وادعت أنها حامل، ثم تقول: لم يكن بي حمل، وإنما قلت ذلك ليراجعني زوجي.

وقوله: (وإن كانت بينة)، أي: تشهد بما أقر به، فالعدة من يوم شهدت البينة؛ لأن قيام البينة يقطع كل تهمة. قال في "التهذيب": ولا يرجع عليها بما أنفقته من ماله بعد طلاقه قبل علمها لأنه فرط، زاد في أصل "المدونة": بخلاف المتوفى عنها تنفق من مال زوجها بعد موته، فللورثة الرجوع عليها.

مالك في "العتبية": وترجع أيضا بم تسلفت في الطلاق. وقال ابن نافع: لا ترجع بما تسلفت بخلاف ما أنفقت[٣].

ابن المواز: ولو قدم عليها رجل واحد يشهد بطلاقها، فأعلمها، أو رجل وامرأتان، فليس ذلك بشيء حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان في الطلاق[٤].

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(ص): (وزوجة المتوفى عنها صغيرا، أو كبيرا، بنكاح صحيح غير الحامل منه، تعتدُّ صغيرةً، أو كبيرةً، مسلمةً، أو كافرةً، مدخولا بها أم لا، أربعةَ أشهر وعشرًا، فإن كانت أمَةً فشهرانِ، وخمسُ ليال)

(ش): أي: إن المسلم مطلقا سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا توفي عن زوجته صغيرة كانت أو كبيرة، تعتد، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] الآية، ولم يفرق هنا في الزوج والزوجة بين أن يكونا صغيرين أو لا؛ لأن الزوج لما كان معدوما في عدة الوفاة، حسم الشرع الباب، وأوجب له العدة مطلقا، بخلاف الطلاق، فإن الزوج يبحث عن حال المعتدة، ويذب عن نفسه[(١)]. واحترز بقوله: (غير الحامل) من الحامل، فإن عدتها وضع حملها كما سيأتي. وقوله: (فإن كانت أمَةً)، يريد: أو فيها بقية رق. وحكى ابن أبي زيد، وابن العطار، عن مالك: أنه لا عدة على أمة توفي عنها زوجها قبل البناء، وإن كان مثلها يوطأ، وهي رواية شاذة.

(ص): (وتُجبر الذميةُ على العدة من المسلم، وروي في الحرة الذمية ثلاثةُ قروءٍ، ولا عدة عليها قبل الدخول....)

(ش): أي: العدة المتقدمة، وهي أربعة أشهر وعشر، وجبرت إما لعموم الآية، وإما لأنه حق بين مسلم وكافر، وما هذا شأنه يغلب فيه المسلم، والرواية أنها تعتد بثلاثة قروء، حكاها ابن الجلاب، وغيره[(٢)].

وقوله: (ولا عدة عليها قبل الدخول): هكذا وقع في نسختي، ولم يقع ذلك في نسخة ابن عبد السلام، وابن راشد، وعلى وقوعها فليست ابتداء مسألة، وإنما هي من تمام الرواية الثانية؛ ففي "الجواهر": وروي: الحرة الذمية أنها تُستبرَأ بثلاث حيض، ويشرط في هذه الرواية كونها مدخولا بها، وإلا فلا عدة عليها، وأما على المشهور، فتعتد بأربعة أشهر وعشرا، وهكذا أشار ابن الجلاب، وغيره[(٣)].

تنبيه

وقع هنا في بعض النسخ ما نصه: (وأما الحرة الذمية يدخل بها الذمي، فلا تحل إلا بعد ثلاثة قروء طلق، أو مات، وتحل إن لم يدخل بها لوقتها طلق، أو مات).

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٤/٣، والتلقين: ١٣٥/١، وبلغة السالك: ٤٤٥/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٤٨٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٩/٦.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١٦٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٥/٢.

وتصورها واضح[1].

(ص): **(فلو عُلم فسادُه بعْد وفاته أُلحقت بالمطلَّقات يوم وفاته)**

(ش): يعني: أن ما قدمه من أن المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرا، إنما هو في النكاح الصحيح، وأما الفاسد فإنها تلحق بالمطلقات، فإن دخل بها استبرئت بثلاث حيض وإن لم يدخل بها فلا شيء عليها؛ لأن الحكم يوجب فسخه، وتحقيق المذهب أن الفساد إن كان مجمعا عليه، ولم يدخل بها فلا عدة، وإن دخل بها فعليها الاستبراء خاصة على المشهور، وقيل: تعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن كان مختلفا فيه، ولم يدخل، فمن وَرَّثَها قال: عليها العدة، ومن لم يورثها لم ير عليها شيئا. وإن كان قد دخل ففي اعتدادها بالأشهر أو الأقراء قولان، روى ابن المواز، عن ابن القاسم فيمن تزوج في المرض، ثم مات: أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، وقال أيضا: إنها تعتد بثلاثة أقراء. والأول أظهر[2].

(ص): **(وقال أشهب: لا بد من حيضة، أو ما ينوب عنها في المرتابة، وقال ابن الماجشون: لا يُحتاج إليها. والمشهور: إن تمَّت قبل عادتها، فلا، ويَنظُرُها النساءُ، وإلا فنعم)**

(ش): لا خلاف أن المعتدة في الوفاة تحل بمضي الأشهر إذا حاضت في أثنائها، واختلف إذا لم تحِض، فروى أشهب: لا بد من حيضة كانت أيام طهرها أقل من العدة أو أكثر، وإن لم تحض فلا بد من تسعة أشهر[3]. وإلى هذا أشار بقوله: أو ما ينوب عنها في المرتابة. وفي قوله: (قال أشهب) نظر، لأنه يوهم أن أشهب قاله، والمنقول عنه في "المنتقى"، و"المقدمات"، وغيرهما كقول ابن الماجشون: لا يحتاج إليها، وتكفيها أربعة أشهر وعشر؛ لأنه لو كانت الحيضة مشروطة لبيَّنته الآية: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]، والمشهور تصوره واضح، ووجهه بين؛ لأن تأخير الحيض إذا كانت عادتها أن تحيض قبل مضي مقدار العدة ريبة، بخلاف ما إذا كانت عادتها أنها لا تحيض في قدرها، فإن التأخير هنا لا يوجب ريبة، ولذلك اتفق على أن المرضع والمريضة تحل بمضي أربعة أشهر وعشر[4]. قاله ابن بشير؛ لأنها لم يتأخر الحيض عنها لريبة في

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٤، وإرشاد السالك: ١/١١٨.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٢، والكافي: ٢/٦١٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٥.

(٤) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٠، ومنح الجليل: ٩/٢٠.

الحمل، وإنما ذلك لِما نزل بها، وعلى المشهور فتكون الآية مخصصة بمن لم تحصل لها ريبة بتأخير الحيض، وهو مبني على تخصيص العموم بالمعنى[1]. وما ذكره المصنف: أنه المشهور، رواه مطرف، عن مالك، وحاصله أنها تبرأ بمضي أربعة أشهر وعشر بشرطين: أن تتم العدة قبل مجيء عادتها، وأن ينظرها النساء، ويقلن: لا ريبة بها. وإلى الشرط الثاني أشار بقوله: (وينظرها النساء). أي: إذا تمت العدة قبل عادتها.

قوله: (وإلا فنعم)، أي: وإن قال النساء: بها ريبة. فلا بد من الحيضة، أو ما يقوم مقامها، وهذا الخلاف في المدخول بها.

القاضي أبو محمد: وأما غير المدخول بها فتحل بمضي العدة، وإن تأخر حيضها. وروى ابن المواز، وابن سحنون: أنها تعتد بأربعة أشر وعشر؛ إلا أن ترتاب بتأخير الحيض، فترفع لتسعة أشهر.

(ص): (وفي المستحاضة قولان: أربعة أشهر وعشر، وتسعة أشهر، والتفصيل أيضا في المُمَيِّزَةِ....)

(ش): اقتصر الباجي على القول بأنها تعتد بتسعة أشهر، وحكاه اللخمي، وابن بشير، وحكيا أيضًا القول بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، واستحسنه اللخمي لعموم الآية. قال ابن عبد السلام: والقولان لمالك نصًّا، وأما الثالث فتخريج، ومعناه: أنها إن كانت غير مميزة تربصت تسعة أشهر، وإلا اكتفت بالأربعة أشهر وعشر إن أتتها فيها حيضة، كما تقدم[2].

(ص): (وأمَّا الأمَة فقيل: لا تحل بمجرَّد مضيِّ العدة اتفاقًا، وإنما تحلُّ بما تحل به الأمةُ في الشراء من حين الموت معها، وقيل: تحل المرضعُ بمُضيها، وفي "العتبية": تحل مطْلقا....)

(ش): حاصل ما ذكره طريقان: أحدهما: أن ما تقدم من الخلاف في اشتراط الحيضة في عدة الوفاة إنما ذلك في عدة الحرة، وأما الأمة فالاتفاق على أنها لا تحل بمجرد مضيها لقصر أمدها، فلا يظهر الحمل فيها[3].

وقوله: (وإنما تحل.... إلخ): ليس بظاهر؛ لأنه لا يؤخذ منه الحكم، ولا يقال:

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٦، المدونة: ٢/٢٠، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٠، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٢، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٣.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٥، والتلقين: ١/١٣٦، وبلغة السالك: ٢/٤٤٦.

لعله شبه لإفادة الحكم؛ لأن التشبيه لإفادة الحكم إنما يكون إذا ذكره[١]. وقد اختلف بما تحل به الأمة المتأخر زمان حيضها في الشراء، هل بثلاثة أشهر او تسعة؟ ومقتضى "المدونة": أنها تحل بثلاثة إلا أن ترتاب، ففيها: ومن اشترى معتدة من وفاة زوج، فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال، لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت أجزأتها عن العدة والاستبراء، وإن تمت عدتها، ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر، وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها حلت، وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة.

قيل لابن شاش: ما فائدة التسعة، وهي لا تبرأ إلا بزوال الريبة؟ قال: معنى ذلك: إذا أحست شيئا عند الثلاثة، وارتفعت إلى التسعة، كفتها التسعة إن لم تزد تلك الريبة، وأنها لا تزيد على التسعة إلا أن تزيد تلك الريبة. ابن عبد السلام: والمشهور: أنها ترفع إلى تسعة أشهر.

خليل: ولعله يريد: مع الريبة، ليوافق "المدونة"[٢]. وقول المصنف: (وإنما تحل بما تحل به الأمة في الشراء)، يحتمل أن يريد به على القولين، أو على أحدهما، والأقرب: أنه يريد القول بالثلاثة الأشهر؛ لأنه الذي في "الجواهر"، وهو مقتضى "المدونة" كما ذكرنا، وكذلك مذهب " الرسالة"، فإنه نص فيها على أن الأمة التي لا تحيض لصغر أو كبر، وقد بني بها، فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر، وهذه الطريقة ضعيفة؛ فإن ما حكاه المصنف عن "العتبية" في الطريقة الثانية يبطل الاتفاق[٣].

وقوله: (تحل مطْلقا)، أي: سواء كان يخشى مها الحمل أو لا، وحكى غير واحد في هذه المسألة ثلاثة أقوال، قال ابن القاسم في "العتبية": تحل، وإن كانت شابة يخشى منها الحمل[٤]. وفي إحدى الروايتين عن مالك أنها تكمل ثلاثة أشهر، ولا تحل بدونها. وقال في "الموازية": إن كانت ممن يخشى منها الحمل، فثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة، أو يائسة، أو لم يدخل بها، فشهران وخمس ليال[٥]. اللخمي: وهو أحسنها، والقول بأن المرضع تحل بمضيها، هو أيضا لابن القاسم في "العتبية".

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.
(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.
(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥، وإرشاد السالك: ١/١١٩.
(٤) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٣، والكافي: ٢/٦٢٠.
(٥) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧١، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٦.

(ص): (**والحاملِ بوضعِها، ولو لحظةً، ولها غُسْلُ زوجِها، ولو بعْد نكاحِها**)

(**ش**): يعني: والحامل المتوفى عنها تحل بوضعها، ولو ولدت بعد موته بلحظة.

(ولها غُسل زوجها)، ولو تزوجت غيره، وهذا مذهب الجمهور. ورأوا أن قوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] مخصص لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ونقل عن علي، وابن عباس: إنما تعتد بأقصى الأجلين، وبه قال سحنون، ودليل الأول ما في الصحيح: أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال، وأنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، " فأمرها أن تتزوج"[١]، وصرح البخاري: "لأربعين ليلة"، وفي "الموطإ": "نصف شهر".

الباجي: وهذه القضية من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم، لأن سبيعة كانت تحت سعد بن خولة، فتوفي عنها في حجة الوداع.

وقوله: (ولها غُسْلُ زوجها، ولو بَعْدَ نكاحها): تصوره بيِّن.

ابن الماجشون: وإن ماتت الزوجة، وكان قد تزوج أختها فله أن يغسلها. وقال ابن حبيب: أحب إلي إذا نكح أختها أن لا يغسلها.

ابن يونس: وعندي إذا ولدت المرأة، وتزوجت غيره، فأحب إلي ألا تغسله[٢]. وهو ظاهر، ولا يوجد دليل على جواز نظر المرأة إلى فرج رجلين في وقت واحد.

(ص): (**والموتُ ينقُل الرجعيةَ حرةً أو أمةً إلى عدة الوفاة، وقيل: إلى أقصى الأجلين**)

(**ش**): يعني: أن المطلقة الرجعية سواء كانت حرة أو أمة، إذا مات زوجها عنها انتقلت إلى عدة الوفاة، وتبطل العدة التي كانت فيها؛ لأن المطلقة طلاقا رجعيا حكمها حكم الزوجة في الإرث والنفقة والسكنى، وهذا هو المشهور[٣]. وقال سحنون: عليها أقصى الأجلين. ورأى أن الطلاق أوجب عدة، والموت أوجب أخرى، فلا يبطل الموت ما تقدم بالطلاق[٤].

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٤٩١٠) و(٥٣١٨) ومسلم، برقم (١٤٨٩).

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٧/١، المدونة: ٢١/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٩/١.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

خليل: وانظر لو كانت حاضت حيضة قبل الموت، ثم لم تأتها حيضة في عدة الوفاة، فهل تكتفي بتلك الحيضة، وهو الظاهر من جهة المعنى أو لا؟ وهو ظاهر كلامهم.

وقوله: (والموتُ ينقُل الرجعيةَ) احترز به من المطلقة طلاقا بائنا فإن الموت لا ينقلها.

(ص): (**ولا يَنقُل العِتقُ إلى عدةِ الحرةِ**)

(**ش**): يعني: إذا طلقها طلاقا رجعيا، ثم عتقت، فإنها تتم عدة الأمة، لأن العتق ليس بموجب للعدة، وحاصله أن الناقل ما أوجب عدة.

(ص): (**ولذلك لو عُتقَت، ثم مات، فعدةُ الحرةِ للوفاةِ؛ لأن الموت لمَّا نقلَها صادفَها حرةً، ولو مات، ثم عُتقتْ، فعدةُ أمةٍ....**)

(**ش**): يعني: ولأجل ما قدمه من أن الموت ينقل، وأن العتق لا ينقل، كان الحكم فيمن طلق زوجته طلاقا رجعيا، ثم عتقت، ثم مات عنها: أن عليها عدة الحرة؛ لأن الموجب لعدة الوفاة حصل في حال كونها حرة، بخلاف ما إذا مات، ثم عتقت؛ لأن الموجب - وهو الموت - لما نقلها لم يصادف حرة، فتستمر على عدة الأمة شهرين وخمس ليال.

ابن عبد السلام: وسواء تقدمت لها حيضة أم لا، غير أنه إن تقدمت اكتفت بما انتقلت إليه، وإن لم تتقدم لها حيضة فاسلك بها ما تقدم في عدة الأمة للوفاة، إذا لم تر فيها دما، وكذلك تفعل في التي تقدم عتقها على موت مطلقها(١).

(ص): (**ولا تَنتقلُ ذميةٌ تُسلم تحت ذميٍ بَعْدَ البناءِ، فيموتُ في عدتِها**)

(**ش**): إنما لم تنتقل الذمية، وإن كان الزوج أملك بها إذا أسلم؛ لأنها في حكم البائن، وإنما كان أملك بها إذا أسلم تأليفا على الإسلام، لا لكونها رجعية، وأيضا فالخطاب في عدة الوفاة إنما وقع للمسلمين بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٤]. احترز بقوله: (بعد البناء) مما لو مات عنها قبله فإنها لا عدة عليها(٢).

(ص): (**ويجبُ الاستبراءُ بحصولِ المِلكِ ببيعٍ، أو غيره من إرثٍ، أو هبةٍ، أو صدقةٍ، أو وصيةٍ، أو فسخٍ، أو إقالةٍ، أو غنيمةٍ، إذا لم تُؤمَن البراءةُ بوجهٍ قويٍ اتفاقًا**

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٣/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٦/٢.

كذاتِ السَّيِّدِ، والمسبيَّةِ وحدها أو مع زوجها، وإن كانت لم تحض، أو انقطع حيضُها، إذا كانت ممن يَحمِلن عادة كبنتِ ثلاثَ عشرةَ، وخمسينَ)

(ش): أصل اشتقاق الاستبراء: من التبري، وهو التخلص، ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض، وفي الشرع في الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب، وهو واجب كإيجاب العدة في الزوجات لما رواه أبو داود: أنه عليه الصلاة والسلام قال في سبي أوطاس: "لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، ولا حائل حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً"[1].

الأبهري: ويجب الاستبراء بأربعة شروط: الأول: الملك، الثاني: ألا تعلم براءة الرحم، الثالث: أن يكون وطء تلك الأمة مباحا في المستقبل، والرابع: أن لا يكون الفرج محللا له قبل الملك. واحترز بالأول مما لو تزوج أمة، فإنه لا يجب عليه استبراؤها. وبالثاني: مما لو علمت براءتها كما لو حاضت الأمة المودعة عنده، ثم اشتراها. وبالثالث مما لو اشترى ذات زوج[2]. وبالرابع مما لو اشترى زوجته. وقال غيره: إذا اجتمع نقل الملك مع عدم الحوز وجب الاستبراء، وإن انتفى الأمران أو أحدهما فلا استبراء. وكلام الأبهري أحسن؛ لأن هذا الكلام يقتضي أن الإنسان إذا اشترى أمة متزوجة بالغير أن عليه الاستبراء، وليس كذلك، وقال بحصول الملك، ولم يقل كغيره: ينقل الملك؛ ليدخل في كلامه ما أخذه بالغنيمة من أيدي الكفار مما أخذوه من أموال المسلمين بالقهر، فإنهم إنما لهم فيه شبهة الملك على المذهب، وقسم المصنف أنواع الملك بقوله: (أو غيرِهِ.... إلخ)[3].

وقوله: (أو إقالةٍ)، يريد: إلا أن يتقايلا قبل التفرق، فإنه لا استبراء. نص عليه في "المدونة"، ويؤخذ هذا التقييد من كلام المصنف من قوله: (إذا لم تُؤْمَن)؛ لأنه إذا

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٥٦٤) وقال: وَفِي الْبَاب، عَنْ رُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتٍ، وَحَدِيثُ عِرْبَاضٍ حَدِيثٌ غَرِيبٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ، وقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ مِنَ السَّبْيِ وَهِيَ حَامِلٌ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنَّهُ قَالَ: لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، قَالَ الأَوْزَاعِيُّ: وَأَمَّا الْحَرَائِرُ، فَقَدْ مَضَتِ السُّنَّةُ فِيهِنَّ بِأَنْ أُمِرْنَ بِالْعِدَّةِ، حَدَّثَنِي بِذَلِكَ عَلِيُّ بْنُ خَشْرَمٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا عِيسَى بْنُ يُونُسَ، عَنْ الأَوْزَاعِيِّ، بِهَذَا الْحَدِيثِ.

وأخرجه أبو داود، برقم (٢١٥٧) من حديث أبي سعيد الخدري.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٤٨٤/١، وحاشية الصاوي: ٣٠/٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٥/٦، وإرشاد السالك: ١١٩/١.

حصل التقايل قبل التفرق علمت البراءة.

وقوله: (كذاتِ السيدِ): هو أيضا من الأمثلة التي لا تعلم فيها البراءة؛ لأنها إذا كانت ذات سيد، ثم انتقلت إلى غيره، فذلك الغير لم يعلم براءة رحمها، لاحتمال أن يكون السيد قد وطئها.

وقوله: (والمسبيَّةِ) ظاهر، وفيها جاء الحديث المتقدم[1].

وقوله: (وإن كانت لم تحض.... إلخ): (إنْ) للمبالغة بمعنى (لو)، أي: يجب الاستبراء على كل من يمكن حملها سواء كانت ممن رأت دم الحيض أم لا، وجعل سن الصغيرة التي يمكن حملها ثلاثة عشر، وسن الكبيرة التي يمكن حملها خمسين، وتقدم في الطهارة فيمن سنها خمسون، هل يحكم لما تراه من الدم بحكم الحيض أم لا؟ وكذلك اختلفوا هنا في العدد، هل يحكم لها بحكم اليائسة أم لا؟

(ص): (وكذلك لو أَبْضَعَ فيها فاشتُرِيتْ، فحاضت في الطريق)

(ش): يعني: وكذلك يجب الاستبراء إذا أبضع في جارية، أي: إذا أرسل دراهم مع شخص ليشتري له بها جارية فاشتراها، وظاهر كلامه أنه لا فرق في ذلك بين أن يأتي بها المبضع معه، أو يرسلها مع غيره، وإنما ذكر في "المدونة" المسألة فيما لو أرسلها مع غيره[2].

عياض: ووجب الاستبراء هنا، لأنها قد خرجت من يد مشتريها المؤتمن عليها، ولهذا فارقت المودعة التي تخرج، ولو كان مشتريها هو الذي أتى بها إليه كانت كمسألة المودعة، وقال أشهب: تجزئها حيضتها في الطريق، ولو أرسلت مع وكيل، ولا استبراء عنده من سوء الظن، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بما إذا بعثها مع غيره، واستشكل قول ابن القاسم بوجهين: أحدهما: لو وجب الاستبراء بسوء الظن لزم ألا يطأ من إمائه إلا من لا تتصرف، وأن لا يطأ في كل طهر إلا مرة. ثانيهما: أن ابن القاسم وافق في الأمة المودعة، وكذلك الأمة المرتهنة تفدى على أن لا استبراء فيهما، فكان يلزمه ألا يستبرئ في المسألة المذكورة، لأن المبضع معه والرسول أمينان، وأجيب بأن المبضع معه بعثها مع غيره بغير إذن ربها، فأشبه الغاصب، فليس استبراء سوء الظن،

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٥٣/١، والكافي: ٦٢٠/٢.

ولا تشبه أيضا الوديعة للتعدي، وفيه نظر الوديعة[١].

(ص): (فإنْ أمنت قطعا أو بوجه قويٍّ كالاستبراء لم يجب اتفاقا، كمن لا تُطيق الوطءَ، وكمن حاضت تحت يدِهِ لزوجتِه أو ولدٍ له صغيرٍ، فيستبرئها مِن نفسِه لنفسِه ولم تَخرُج، أو لشريكِه، أو بوديعةٍ ولم تَخرُج، ولم يَدخُل عليها سيدُها، وكالمَبيعةِ بالخِيار ولم تَخرُج عن يدِه)

(ش): ظاهره: أن فاعل (أمنت) عائد على البراءة؛ لأنه قسيم قوله: (إذا لم تؤمن البراءة)، وصوابه على هذا أن يقول: فإن حصلت البراءة، أو اعتقدت بوجه قطعي، أو بوجه ظني قوي[٢]. ويمكن أن يكون فاعل (أمنت) ضميرا عائدا على المشتراة المفهومة من السياق[٣]. والأول أقرب إلى لفظه كما ذكرنا، والثاني أولى لسلامته مما أورد على الأول، والله أعلم.

قوله: (كالاستبراء) مثال لما علمت فيه البراءة بوجه ظني.

وقوله: (كمن لا تطيق الوطء) مثال لما علمت فيه البراءة قطعا، واعترضه ابن عبد السلام بأن الكلام إنما هو فيمن يمكن وطؤها، وفيه نظر، ونص المتيطي: أن بنت ثمان سنين لا تطيق الوطء، وعمل بذلك وثيقة، وإنما لم يجب الاستبراء هنا؛ لأنه إنما وجب خشية وطء الحامل، وقد انتفى الحمل إما بالقطع، وإما بالظن[٤].

وقوله: (كمن حاضت): هذه أمثلة لما ظن فيها البراءة؛ لأنها إذا حاضت تحت يده سواء كانت لزوجته أو ولده الصغير، ثم اشتراها حصل الظن القوي ببراءة رحمها.

وقوله: (مِن نفسِه لنفسِه) راجع إلى مسألة الولد.

وقوله: (ولم تَخرُج) أي: وأما إن خرجت فإنه يجب عليها الاستبراء لسوء الظن، وهذا الشرط إنما هو على قول ابن القاسم، وأما على قول أشهب فلا.

ابن عبد السلام: والظن في التي انتقلت إليه من ابنه أقوى منه في المنتقلة إليه من زوجته، لأن نظره في الأولى أتم، ولهذا فصل أشهب في جارية زوجته على ما حكاه عنه محمد، فقال: إن كانت معه في دار هو الذاب عنها، والناظر في أمرها، أجزأه كانت

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/١٣١، ومنح الجليل: ٩/٢١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٧، المدونة: ٢/٢١، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٩.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦١، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٣، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٤.

(٤) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٥، والتلقين: ١/١٣٦، وبلغة السالك: ٢/٤٤٦.

تخرج أم لا تخرج. فظاهر هذا أن الزوج لو لم يكن هو الذاب عنها لكان لها حكم غير هذا.

وقوله: (أو لشريكِهِ)، أي: اشترى نصيب شريكه، وهي تحت يده.

وقوله: (أو بوديعة ولم تخرج، ولم يدخل عليها سيدها): لا خفاء في اشتراط عدم دخول سيدها، وأما اشتراط عدم خروجها فهو مبني على قول ابن القاسم، لا على قول أشهب[١].

وقوله: (أو بوديعةٍ): معطوف على قوله: (وكمن حاضت تحت يده لزوجته)، تقديره: كمن حاضت تحت يده حالة كونها لزوجته أو بوديعة. وقول ابن عبد السلام: إن قوله: (بوديعة) معطوف على قوله: (بوجه قويٍّ)، أو على ما عطف عليه (بوجه قوي). ليس بظاهر؛ لأن الوديعة أحد أمثلة الوجه القوي[٢].

وقوله: (وكالمَبيعةِ بالخِيارِ)، أي: إذا اشترى أمة على الخيار، إما له، أو للبائع، أو لأجنبي، وقبضها المشتري، وحاضت في أيام الخيار، ثم أمضى من له الخيار البيع، فلا يحتاج إلى استبرائها، وهذا حكم المشتري. وأما البائع: ففي "المدونة": ومن اشترى جارية بالخيار ثلاثة فتواضعاها، أو كانت وخشًا فقبضها، فاختار من له الخيار ردها، فلا استبراء على البائع؛ لأن البيع لم يتم فيها. قال: وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها المشتري، وكان له الخيار خاصة، فذلك أحسن؛ إذ لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختارا، وإن كان منهيًا عن ذلك، كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب. عياض: وأحب في مسألة الغاصب محمولة على الوجوب. قال: ويبينه ما وقع في أول الكتاب من قوله: (وعليه أن يستبرئها). قالوا: وعلى الغاصب نفقتها، ومنه ضمانها حتى تخرج. ونص في "الجواهر " على استحباب الاستبراء إذا غاب عليها المشتري على ظاهر "المدونة"[٣].

وقال القاضي أبو الفرج: القياس إذا غاب عليها المشتري وجوب الاستبراء. واستحسنه اللخمي. انتهى. خليل: والأقرب حمل "المدونة" على الوجوب في مسألة الخيار، ولا سيما إذا كان الخيار للمشتري.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥، وإرشاد السالك: ١/١١٩.

(ص): (فإن أَمِنَتْ بوجه قويٍّ يقصرُ عن الاستبراء، فقولانِ، وهو مَراتبُ)

(ش): هذا الكلام يتم به تقسيمه الذي بَيَّنَ فيه من يجب في حقه الاستبراء، ومن لا يجب، وجعل الأقسام ثلاثة: إما ألا تعلم البراءة ولا تظن أولا، فالأول يجب فيه الاستبراء، ودخل فيه من ظن شغل رحمها، ومن شك. والثاني: إما أن تعلم براءة الرحم أو تظن بوجه قوي كالاستبراء الحاصل عنده قبل حصول ملكه أو يظن دون ذلك. وذكر في القسم الثالث في وجوب الاستبراء قولين، وجعله مراتب، ولم يجعله مسائل لوجهين؛ لأن المراتب تفاوت الوجوه التي يقوى بها الاستبراء ويضعف؛ لأن المرتبة الواحدة يدخل تحتها مسائل، والمشهور في جميع المراتب الوجوب إلا الأولى.

(ص): (الأولى: الحاصلةُ في أولِ الحيضِ بشرطِ ألا يَمضيَ مقدارُ حيضةِ استبراءٍ، فالمشهور: لا يجب....)

(ش): تصور كلامه ظاهر، ومقابل المشهور حكاه ابن شعبان، وفضل، عن أشهب: أنه لا بد من حيضة أخرى[1].

وقوله: (بشرط ألا يمضي مقدار حيضة استبراء): هكذا فسر محمد ذلك، وهو أحسن من قوله في "المدونة": ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء، وأما في آخره وقد بقى منه يوم او يومان فلا؛ لأن قوله: في أول الدم. أعم من المقصود، فإنها إذا كانت عادتها اثني عشر يوما، أو نحوها، واشتراها بعد أربعة أيام صدق عليها أنها في أول الدم، مع أنها لا تستغني ببقية هذا الدم عن الاستبراء. لكن ما أشار إليه المصنف إنما يأتي على رأي أبي بكر بن عبد الرحمن، وذلك أنه اختلف في معظم الحيضة، فذهب أبو بكر بن عبد الرحمن إلى أنه يراعى أكثر الأيام، وحكى ابن القصار، عن ابن مناس: أن معظم الحيضة اليوم الأول والثاني؛ لأن الدم فيهما يكون أكثر اندفاعا من باقي الحيضة وإن كثرت الأيام، والدم القوي هو الذي يدفع ما في الرحم، لا الرقيق.

(ص): (الثانية: مَن تحت يدِه إذا كانت تَخرُج، أو مَن كانت لغائب، أو لمجبوبٍ، أو امرأةٍ، أو صبيٍّ، أو مكاتبة تتصرَّفُ، ثم عجزَت، ويُسمى استبراءَ سُوءِ الظنِّ. قال ابن القاسم: يجب. وقال أشهب: لا يجب)

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١٥٣/١، والكافي: ٦٢٠/٢.

(ش): خاف ابن القاسم عليها الحمل من زنا، أو اغتصاب، فأوجب الاستبراء.

ابن راشد: وهو أقيس لفساد الزمان، ولم يعتبر أشهب هذا الاستبراء الذي أوجبه ابن القاسم لسوء الظن، لأن الدليل قام على الغاية في مملوكته التي تتصرف. وقد يجاب لابن القاسم: أنه لو خوطب بالاستبراء في المملوكة لشق ذلك لتكرره بخلاف المشتراة، وألحق في "الجواهر " المشتراة من الصبي، ونحوه المشتراة من محرم، وصرح بمشهورية قول ابن القاسم. وما ذكره المصنف من وجوب الاستبراء في المكاتبة هو نص قول ابن حبيب، وهو الذي نقله التونسي، وابن شاس، عن ابن القاسم، وهو ظاهر نقل المازري؛ لأنه قال: أثبت فيها ابن القاسم الاستبراء، ونفاه أشهب. والذي في "المدونة" في أول (كتاب الاستبراء): ومن كاتب أمته، ثم عجزت أحببت له الاستبراء إلا التي في يده، لا تخرج، فالاستبراء عليها. وعلى هذا فيكون معنى أحببت: أنه يجب عليها الاستبراء. وحمل أبو الحسن، وابن عبد السلام "المدونة" على ظاهرها، وجعل كلام المصنف مخالفا لها. وقد اختلفت ظواهر مسائل "المدونة" في رجوع المكاتب إلى يد ربه بسبب العجز، هل هو ملك مستأنف أم لا؟ وخلافهم في مسألة المكاتبة راجع إلى هذا المعنى[1].

خليل: وفيه نظر؛ لأنه خلاف ما نقله التونسي، وغيره، عن ابن القاسم؛ ولأن علة ابن القاسم حاصلة في المكاتبة كغيرها.

(ص): **(والثالثةُ: كالمُطيقةِ، واليائسةِ، لا يَحملانِ عادةً. وفُرّق بينه وبين ما تقدَّم للذريعةِ، ولِعُسر تبيُّنِه....)**

(ش): قال في "الجواهر": كبنت التسع والعشر، فإنه يمكن وطؤها ولا تحمل في العادة، وكبنت الخمسين. والقول بوجوب الاستبراء رواه ابن القاسم، عن مالك، والقياس هو الشاذ، وهو رواية ابن عبد الحكم، وابن غانم؛ لأن الاستبراء معلل بخشية الحمل، والفرض أن العادة تنفيه لولا ما عارضه من التعليل الذي أشار إليه المصنف؛ لأنه لو قيل بذلك لتوسل إلى من يمكن الحمل منها، وأيضا فإنه يعسر تمييز الزمان الذي يمكن فيه الحمل مما لم يكن، فلذلك أمر بالاستبراء في الجميع حسما للذريعة.

(ص): **(والرابعةُ: كالوَخْشِ والبِكْرِ)**

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(ش): ذكر في "الجواهر": أن المشهور الوجوب فيهما. والقول بنفي الوجوب في الوخش حكاه المازري، وغيره. والقول بنفي الوجوب في البكر للخمي، ورآه مستحبًّا على وجه الاحتياط[١].

ابن عبد السلام: واحتمال الحمل في الوخش أقوى منه في البكر، فكان ينبغي ألا يجمع بينهما في مرتبة واحدة، بل احتمال الحمل في الوخش أقوى منه في الصغيرة واليائسة المذكورتين في المرتبة الثالثة؛ والذي قاله ظاهر، لا سيما إن كانت الوخش شابة[٢].

(ص): **(والخامسةُ: كالمُشتراةِ متزوجةً فتُطلَّقُ قبْل البناء، وقال سحنون: تَحِلُّ مكانَها)**

(ش): يعني: إذا اشترى أمة ذات زوج، ولم يبن بها، فبعد انعقاد البيع طلقها زوجها قبل أن يبني بها، فقال ابن القاسم: ليس للمشتري أن يطأها في تلك الحال، ولا بد له من الاستبراء؛ لأنها لو أتت بولد لستة أشهر فأكثرمن يوم عقد النكاح عليها لحق بالزوج[٣].

وقال سحنون: تحل للمشتري مكانها، إذ لا موجب عنده للاستبراء؛ لأن الفرض أنها غير مدخول بها. وقول ابن القاسم أظهر لما ذكرناه، ولأن الزوج إنما يباح له وطؤها بإخبار السيد، لأنه لا طريق له غير ذلك، بخلاف المشتري، فإنا لو أجزنا له الوطء لكان أيضا معتمده إخبار السيد، والمشتري لا يجوز له الاعتماد على ذلك باتفاق[٤].

(ص): **(ويجب برجوعها مِن غصبٍ، أو سبْي)**

(ش): القاعدة: أنه متى حيزت الأمة على وجه استباحة وطئها وجب استبراؤها إذا غلب عليها غيبة يمكن فيها الوطء، ولا تصدق الأمة إن قالت: لم يطأني. كما لا تصدق الحرة في ذلك. عياض: قالوا: وعلى الغاصب نفقتها، ومنه ضمانها حتى تخرج، قالوا: ويلزم هذا فيمن زنى بأمة رجل طائعة، أو مكرهة؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها.

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٧/١، المدونة: ٢١/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٩/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٤٨٤/١، وحاشية الصاوي: ٣٠/٦.

(ص): (ويجب بزوالِ المِلكِ بعِتقٍ، أو موتِ سَيّدِ أُمّ الولدِ في غيرِ المتزوجةِ، والمُعتدةِ منهما....)

(ش): لما كان موجب الاستبراء ضربين؛ حصول الملك، وزواله، وتكلم على الأول أتبعه بالثاني[١].

ابن هارون: يعني: أن الأمة الموطوءة سواء كانت مستولدة أم لا، إذا عتقها السيد، أو مات سيد أم الولد، فلا تتزوج كل واحدة منهما إلا بعد الاستبراء بحيضة، وإن عقد قبل الاستبراء فسخ قبل الدخول، وبعده؛ لوقوع العقد في حالة يحرم الاستمتاع فيها لحق الغير[٢]. ثم إن هذا الاستبراء إنما يحتاج إليه، إذا لم يكونا متزوجتين، أو معتدتين، فإن كانتا كذلك فلا استبراء؛ لأنهما إنما وجب استبراؤهما إذا لم يكونا معتدتين أو متزوجتين، لأنه لا مانع هناك للسيد من وطئهما، فاحتمل أن يكونا موطوءتين له بخلاف ما إذا كانتا متزوجتين أو معتدتين، فإن هناك مانع له[٣].

وهذا معنى قوله: (في غير المتزوجة والمعتدة منهما)، أي: من الأمة، وأم الولد[٤].

(ص): (ولو استبرأهما، أو انقضت عدتهما، ثم اعتقهما استأنفتْ أمُّ الولد دونها)

(ش): يعني: إذا استبرأ السيد الأمة، أو أم الولد، أو انقضت عدتهما من وفاة زوج كل منهما، أو طلاقه، ثم أعتقهما، وأراد السيد أن يُزوجهما، فإن الأمة تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم، أو العدة المتقدمة، بخلاف أم الولد فإنها لا تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم، أو العدة المتقدمة، وتحتاج بعد العتق إلى الاستبراء بحيضة؛ لأن أم الولد لما كان فيها عقد حرية كانت الحيضة في حقها كالعدة، فصارت بمنزلة الزوج يطلق امرأته بعد استبرائها بثلاث حيض، فإنها لا تكتفي بذلك، ولا بد لها من استئناف العدة؛ لأن أم الولد فراش لسيدها، ولا يخرجها عن ذلك إلا تزويجها، وإذا زالت عصمة النكاح عادت إلى الفراش، بخلاف الأمة فإنها وإن كانت رائعة ليست بفراش حتى يقر السيد بوطئها[٥].

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٣/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٦/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٥/٦، وإرشاد السالك: ١١٩/١.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ١٥٣/١، والكافي: ٦٢٠/٢.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(ص): (واستَأنَفا في الموتِ معا، ولو كان غائبا، إلا غيبةً عُلم أنه لم يَقْدَمْ منها)

(ش): يعني: لو مات سيد أم الولد، أو الأمة، فإنهما يستأنفان معا حيضة؛ لأن الميت يحتاط له.

وقوله: (ولو كان غائبا) مبالغة، وسواء كانت الأمة أقر السيد بوطئها أم لا.

ابن عبد السلام: ولو قيل في الأمة المتوفى عنها سيدها، ولم يقر بوطئها: لا تحتاج إلى استبراء كان السيد غائبا أو حاضرا[١]. ما كان بعيدا، ألا ترى أنها لو أتت بولد لم يلحق بسيدها، فلم يبق إلا الاستبراء من سوء الظن، وفيه ما قد علمت.

وقوله: (إلا غيبةً عُلم أنه لم يَقْدَمْ منها)، أي: ولا يمكنه أن يأتي خفية. وفي معنى الغيبة التي يعلم أنه لم يقدم منها: ما إذا كان مسجونا. وما ذكره صحيح في الأمة، وأما في أم الولد فمخالف لما في "المدونة"، ففيها: وإن مات السيد وهي في أول دم حيضتها، أو غاب عنها، فحاضت بعده كثيرا، ثم مات عنها، فلا بد لها من استئناف حيضتها بعد موته لأنها عدته، وإنما يأتي كلام المصنف على ما قاله عبد الوهاب في معونته: إن الحيضة في الدم اسبراء محض، وليس بعدة.

(ص): (ولو مات في أول دمهما لم يُعتد به في أُمِّ الولدِ؛ لأنه لها كالعِدة)

(ش): يعني بخلاف الأمة فإنها تعتد به كما تقدم في الشراء. وما حكاه من عدم الاكتفاء في أم الولد هو المشهور، وفي "الاستذكار " عن القاضي إسماعيل: أنها تكتفي بالحيضة التي مات وهي عليها، وهو جار على أن الحيضة في حق أم الولد استبراء محض.

(ص): (ويجب قبل تزويج الأمَة، ويُقبلُ قولُ السيد)

(ش): أي: ويجب الاستبراء، وهذا مقيد بالموطوءة. وأما إن لم يطأها ففي "المدونة": لا يحتاج فيها إلى استبراء[٢]. وقُبِلَ قول السيد في الاستبراء؛ لأنه لا يعلم إلا من جهته[٣].

(ص): (ولو اشتراها مِن مُدَعِّي استبراءٍ، ولم يَطأْها جاز له تزويجُها قبْل الاستبراء على المشهور....)

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٧/١، المدونة: ٢١/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٩/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

(ش): يعني: إذا اشترى أمة، وزعم بائعها أنه استبرأها قبل بيعها على ما هو الأولى له.

وقوله: (ولم يطأها): يوهم أن له وطأها بدعوى البائع، وهو لا يجوز حتى يستبرئها[1].

وقوله: (جاز له تزويجُها) على المشهور؛ لأنه قد انتقل إلى المشتري حكم البائع.

ووجه الشاذ أن البائع كان له ذلك حيث كان له الوطء بخلاف المشتري، وهو قول سحنون. وقال ابن القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء، فأراد أن يزوجها: ليس له ذلك حتى يستبرئها؛ لأن بائعها لم يكن له أن يطأها. وقال سحنون: له أن يزوجها؛ لأن الوطء له جائز. وبالجملة فابن القاسم راعى حال البائع، وسحنون راعى حال المشتري.

(ص): (ويجب عن الوطء الفاسد، كمَن وُطئتْ باشتباهٍ، أو غيرِهِ، وكمَن وَطئ أُختَ أَمَةٍ وَطئها، ثُم حَرَّمَ الأولى....)

(ش): ابن راشد: ولا خلاف في هذا، وتصور كلامه ظاهر.

(ص): (وفي استبراء الأبِ أمةً لابنِه، فوطئها بعد أن استبرَأها، فقُوِّمتْ عليه قولانِ)

(ش): يعني: إذا وطئ الرجل جارية ولده، فقومت عليه، فإن لم يكن استبرأها قبل وطئها، لم يطأها حتى يستبرئها، وإن كان قد عزلها عنده، واستبرأها ثم وطئها، فالمشهور أنه لا يحتاج إلى استبراء[2]. والمشهور ومقابله في "المدونة"، ففيها: ابن القاسم: ومن وطئ جارية ابنه، فقومت عليه، فليستبرئها، إن لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها[3]. وقال غيره: لا بد أن يستبرئها لفساد مائه، وإن كانت مستبرأة عند الأب. وقول الغير ظاهرٌ لوجه ما ذكره من فساد الماء، وأجاب القابسي بمنع فساده لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على الابن، ووجبت على الأب قيمتها، ولم يكن للابن التمسك بها على المعروف. وهذه لما كانت مستبرأة عند الأب، فبأول وضع اليد عليها، وجلوسه بين فخذيها حرمت على الابن، ووجبت على الأب القيمة، فصار وطؤه في مملوكة له بعد الاستبراء. وأشار التونسي إلى أن قول الغير مبني على قول ابن

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٥، والتلقين: ١/١٣٦، وبلغة السالك: ٢/٤٤٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.

عبد الحكم: إن الأب لا يضمن قيمتها بوطئها، بل يكون للابن أن يتماسك بها في عسر الأب ويسره. وحكاية المصنف القولين تدل على أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم، وهي طريقة الأكثر، وذلك أن الأكثر فهموا أن قول ابن القاسم: إن لم يكن الأب عزلها عنده واستبرأها: أنه لو كان استبرأها قبل الوطء لا يحتاج إلى استبراء بعده[1]. وخالفهم ابن اللباد، وابن الشقاق، وفهما قوله: إن لم يكن عزلها عنده واستبرأها. على أن المراد: بعد وطئه. وصحح هذا ابن مرزوق، وخالفه تلميذه ابن رشد، وصحح مذهب الأكثرين، واحتج لابن القاسم بما احتج به القابسي. واختار عياض قول ابن اللباد بدليل قول ابن القاسم في آخر المسألة: لأنه وطء فاسد.

(ص): (والاستبراءُ للمُرتابةِ قُرْءٌ واحدٌ، وهو حيضةٌ على المشهور)

(ش): لقوله عليه الصلاة والسلام: "**ألا لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، ولا حائل حَتَّى تَحِيضَ**"[2]. ومقابل المشهور أنه طهر كالعدة، ولم أره منصوصًا، وإنما خرجه المازري على قول أشهب: إن المشتراة في أول دمها لا تكتفي بذلك[3].

(ص): (والمرتابة بتأخير حيضها، قيل: تتربص تسعة أشهر. وقال ابن القاسم: ثلاثةً، ويَنظُرُها النساء، فإن ارتبْن فتسعةٌ. وكان يقول: تحيضُ كلَّ ستةِ أشهرٍ انتظرَتْها....)

(ش): يعني: أنه اختلف في استبراء الأمة المرتابة، والقول بأنها تتربص تسعة أشهر لمالك في "المدونة"، ورواية ابن وهب، والقول الذي نقله المصنف عن ابن القاسم بقوله: **(ثلاثة، وينظرها النساء)**؛ هو له في "العتبية"، ورواه ابن القاسم، وابن غانم في "المدونة"[4].

ابن القاسم: وإن ارتفعت الريبة قبل التسعة حلت. وسئل ابن مناس: ما فائدة التسعة على هذا القول، وهي إن زالت ريبتها قبلها حلت، وإن لم تزل بعد التسعة زادت؟ فأجاب بأن قال: فائدة ذلك إذا لم تزد تلك الريبة بها الحاصلة بالثلاثة، وبقيت

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٥/٦، وإرشاد السالك: ١١٩/١.

(٢) أخرجه الربيع في مسنده، رقم (٥٤٤) وفيه الربيع بن حبيب بن الملاح العبسي وهو منكر الحديث.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ١٥٣/١، والكافي: ٦٢٠/٢.

على حالها، نعم إن زادت بالحس والتحريك زادت على التسعة. وفصل ابن القاسم بين من تكون عادتها بتأخير حيضتها، كما إذا كانت تأتيها الحيضة في ستة أشهر، أو سبعة، أو نحو ذلك، وبين من يتأخر حيضها أكثر من تسعة أشهر، كما إذا كانت تحيض كل سنة، فالأولى تنتظر الحيضة، والثانية تبرأ بثلاثة أشهر، وقول المصنف: (وكان يقول: إن كانت تحيض كل ستة أشهر)، ليس هو على معنى الاشتراط، والمعنى: إن كانت عادتها تحيض فيما دون تسعة أشهر، ولكن ذكر المصنف الستة تبعا للرواية، وهذه الرواية رواها يحيى عنه[1].

خليل: وانظر على هذا القول: إذا كانت عادتها ستة أشهر، فانتظرتها، ولم تأتها الحيضة فيها، هل تحل بانتفائها كما تقدم في عدة الحرة إذا كانت عادتها أن تحيض كل سنة، أو ترجع إلى تسعة أشهر غالب أمر الحمل.

(ص): **(المُرضِعُ والمريضةُ كذلك)**

(ش): أي: مثل المرتابة، وظاهر تشبيهه في الخلاف المتقدم، ويحتمل في الاستبراء بثلاثة أشهر، وينظرها النساء، فإن ارتبن فتسعة، وهو أقرب؛ لأنه الذي رأيته منصوصًا؛ ولأن قوله إثر هذا: (والمستولدة كذلك).

(وقيل: تسعة): يقتضي أنه لم يرد التشبيه في الجميع، وإلا لاستغنى عن قوله: (وقيل: تسعة). لكن في كلامه على هذا نظر؛ فإنه ليس في كلامه ما يدل على أنه أراد بالتشبيه ذلك.

(ص): **(والمُستولَدةُ كذلك، وقيل: تسعةٌ)**

(ش): المستولدة هي أم الولد، وتصور القولين بين[2].

(ص): **(والمُستحاضةُ: المشهورُ: ثلاثةُ أشهرٍ إلا أن تَشُكَّ فتسعةٌ، أو تَرى ما تُوقِنُ هي والنساءُ أنه حيضٌ....)**

(ش): مقابل المشهور: أن تتربص تسعة، ولو ميزت[3].

(ص): **(والصغيرةُ، واليائسةُ: ثلاثةُ أشهرٍ)**

(ش): أي: بشرط أن يمكن وطء الصغيرة، ففي "البيان" أمَّا التي لا يوطأ مثلها فلا

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/ ١٣١، ومنح الجليل: ٩/ ٢١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/ ٣٦١، وحاشية الدسوقي: ١٠/ ٧٣، وشرح الخرشي: ١٣/ ٢٢٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/ ١٥٧، المدونة: ٢/ ٢١، وتهذيب المدونة: ١/ ٤٠٩.

خلاف أنها لا استبراء عليها، وإنما الخلاف في الصغيرة التي يوطأ مثلها، ويؤمن الحمل منها، فذهب مالك، وعامة أصحابه إلى وجوب الاستبراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات الأثمان بثلاثة أشهر؛ لأن الحمل لا يتبين في أقل منها[1]. وقيل: شهران. وقيل: شهر ونصف. وقيل: شهر. وذهب مطرف، وابن الماجشون إلى أنها لا يجب فيها استبراء، ولا مواضعة[2]. ونقل بعضهم القول بالشهرين، والشهر والنصف في اليائسة أيضا، بعض الموثقين، وكذلك أيضا يلزم من قال: إن استبراء الصغيرة شهران. يقول بذلك في اليائسة.

(ص): **(والحامِلُ: بوضْعِ حَمْلِها)**

(ش): أي: واستبراء الحامل، وهو ظاهر.

(ص): **(والمُرتابَةُ بحَسِّ البطْنِ أقصَى أمَدِ الوَضْعِ)**

(ش): يعني على الخلاف المتقدم.

(ص): **(ويَحرُمُ في زمنِ الاستبراءِ جميعُ الاستمتاعِ. ابن حبيب: لا يَحرُمُ مِن الحامِلِ مِن زِنًى، والمَسبيَّةِ، إلا الوَطءُ....)**

(ش): ابن عبد السلام: والأول هو المعروف في المذهب. وقال ابن حبيب: أما المسبية تقع في غير سهمه، أو يبتاعها في المقاسم، فله أن يلتذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره ما عدا الوطء؛ لئلا يسقي ماؤه ولد غيره، وهذه قد تم ملكه فيها، وبيع المقاسم بيع في براءة، وإن ظهر بها حمل لم ترد به. أبو محمد: وهذا الذي ذكر ابن حبيب: أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان، ليس بقول مالك، إلا أن يعني في الوخش. وقد قال ابن المواز: بيع الرائعة بالبراءة مطلق جائز، ولا يدخل في ذلك الحمل، وإن تبرأ منه فسد البيع. ونقل المازري، وصاحب " الجواهر"، عن ابن حبيب في الحامل من زنى مثل ما نقله المصنف، وكذلك ابن راشد. وقال ابن عبد السلام: ما ذكره المؤلف، عن ابن حبيب في الزنا لا أحفظه عنه، لكن قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر: إنه لا بأس أن ينال منها ما ينال من الحائض، إذا كان من غير السيد، وكذلك إن قال بعد البيع: أنا أرضى بحمل إن كان بها، ولم يكن البائع يطأ. ابن يونس: ولعله ترخص في هذا للشيخ؛ لأنه يملك نفسه، كما أرخص له النبي

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٥، والتلقين: ١/١٣٦، وبلغة السالك: ٢/٤٤٦.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.

صلى الله عليه وسلم في القبلة في الصوم، وأما الشاب فلا[1].

(ص): (التداخلُ: وإذا طرأ موجِبٌ قبْل تمامِ عدةٍ، أو استبراءٍ، فإن كان الرجلُ مُتَّحِدًا بفعلٍ سائغٍ انهدمَتِ الأولى، واستأنَفَتْ ما هي مِن أهلِه مِن أقراءٍ، أو شهورٍ، أو حمل، كالمُرْتَجِع ثم يُطلِّقُ، أو يموتُ - مَس أو لم يَمس - إلا أن يُفهم ضررٌ بالتطويلِ فتَبني المطلقةُ ما لم تُمس، كما تَبني إذا لم تُرْتَجَع مُطْلَقًا....)

(ش): يعني: إذا كانت في عدة، أو استبراء، ثم تجدد قبل تمام ما هي فيه موجب آخر، فإما أن يكون الموجبان من رجل واحد، أو رجلين، وإذا كانا من رجل فإما أن يكونا بفعل سائغ - أي: جائز - أم لا[2]. وذكر المصنف: أنه إذا كان الرجل واحدا بفعل سائغ، فإن العدة الأولى تنهدم، وتستغني بالثانية عنها سواء كانت الثانية من نوع الأولى، أو من نوع آخر، وهو مراده بقوله: (مِن أقراء، أو شهور، أو حمل). ومثل ذلك بالمرتجع ثم يطلق، يعني: إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا، ثم ارتجعها، ثم طلقها أو مات عنها قبل انقضاء العدة، ولا فرق في ذلك بين أن يمسها بعد ارتجاعه أم لا، ففي "الموطإ": والسنة عندنا: أن الرجل إذا طلق امرأته وله عليها رجعة، فارتجعها، ثم فارقها قبل أن يمسها، فلا تبني على ما مضى من عدتها، وإنما تستأنف من يوم طلقها عدة مستأنفة. وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها، يعني: لأن الرجعة تهدم العدة، فإن الزوجية تنافي العدة.

وقوله: (إلا أن يُفهم ضررٌ بالتطويل)، هذا الكلام لابن القصار، وقيد به الطلاق مالك المتقدم، وهو ظاهر؛ لأنه إذا قصد بهذا الارتجاع التطويل عليها في العدة، فيعاقب بنقيض مقصوده، وتبني على العدة الأولى بشرط ألا يكون مسها في الارتجاع[3].

وقوله: (كما تبني إذا لم تُرتجَع مطْلقا): يعني: إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا، ثم أتبعها في العدة طلقة أخرى، فإنها تبني على العدة من الطلقة الأولى مطلقا، سواء تخلل الطلاقين حيض أم لا، وهو أحد قولي الشافعي، فنبه المصنف بالإطلاق على

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥، وإرشاد السالك: ١/١١٩.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٣، والكافي: ٢/٦٢٠.

مخالفته في أحد قوليه، وفي بعض النسخ: (إذا لم ترتجع مطلقا)، وهي واضحة[1].

(ص): (**وكالمتزوِّج زوْجتَه البائنَ، ثم يُطلِّق بعد البناء، أو يموت عنها قبْلَهُ، أو بعدَه، فإنها تَستأنِف**، وروى محمد بن مسلمة: **إن مات قبلَه فأقصى الأجليْن**، وضُعِّف، **أمَّا لو طلَّق قبْل البناءِ لم تَنهدِم**.....)

(ش): هذا معطوف على قوله: (كالمُرتجِع) يعني: إذا طلق زوجته طلاقا بائنًا، ثم تزوجها، وطلقها أو مات عنها، فإنها تستأنف، ولا فرق في الموت بين أن يموت عنها قبل البناء أو بعده، بخلاف الطلاق فإنه إن طلقها بعد البناء استأنفت؛ لأن وطأه هادم للعدة. وإن طلقها قبل البناء بانت؛ لأن المطلقة طلاقا بائنًا في حكم الأجنبية. وإلى مساواة حالها في الموت، أشار بقوله: (أو يموتُ عنها قبلَه أو بعدَه): وإلى الفرق في الطلاق أشار بقوله: (ثم يطلقها بعد البناء). ثم صرح بما أفهمه الكلام آخرًا، فقال: أما لو طلق قبل البناء لم تنهدم. وروى محمد: إن مات قبله فأقصى الأجلين، أي: وعليها الإحداد في الأربعة أشهر وعشر. هكذا قال في الرواية. والمراد بالأجلين: الثلاثة قروء، والأربعة أشهر وعشر، ومعنى أقصى الأجلين؛ أي: أبعدهما، فإن انتهت الأقراء أولا انتظرت الأشهر، وإن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء[2].

تنبيه

وقع في نسخ عديدة: (وروى محمد بن مسلمة)، وكذلك هو في نسخة ابن راشد. وفي نسخة ابن عبد السلام: (وروى محمد) فقط، وفسره بابن المواز، وكذلك هو في ابن يونس، فليعتمد عليه هنا، على أنه لا يلزم من أن ابن المواز رواه ألا يكون محمد بن مسلمة رواه[3]. واعترض أبو عمران ما رواه محمد فقال: إما أن يجعلها تمضي على عدة الطلاق، أو يجعل النكاح قد هدم عدةَ الخلع، فتعتد عدة الوفاة فقط. قال: ويلزمه على هذا أن الحامل إذا خالعها زوجها، ثم تزوجها، وتوفي عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين[4]. وأجاب ابن يونس بما حاصله: أن عدة الخلع لما خالفت عدة الوفاة في الجنس، لزم ألا تدخل إحداهما في الأخرى، بخلاف

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٧/١، المدونة: ٢١/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٩/١.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

الحامل فإن عدتها في الخلع والوفاة وضع حملها، فلم يكن اعتبار أقصى الأجلين.

(ص): **(وما سِواهُ فأقصَى الأجليْن، كالمُعتدةِ البائنِ يطؤها المطلِّق، أو غيرُهُ وطئًا فاسدًا بزنًى، أو اشتباهٍ، أو نكاحٍ فاسدٍ....)**

(ش): حقيقة أقصى الأجلين إذا كان كل من الأجلين يمكن أن يكون أبعد كالأقصى فيما تقدم، ويطلق مجازا على معنى آخر، وهو المذكور هنا، ومعناه أن المرأة إذا طلقت طلاقًا بائنًا، ثم وطئها مطلقها، أو غيره وطأً فاسدا، إما بزنى، أو اشتباه، أو تزوجها المطلق، أو غيره تزويجًا فاسدًا.

والفساد في حق غير المطلق ظاهر؛ لأنه نكاح في عدة الغير، وأما المطلق فلا يكون بسبب العدة، وإنما يفسد لغير ذلك من وجوه الفساد. ومعنى أقصى الأجلين: أنه يبتدئ من حين الوطء الثاني ثلاث حيض[1].

وقوله: (كالمعتدةِ البائنِ يطؤها المطلِّقُ)، يريد: وكذلك الرجعية، إذا وطئها بغير نية ارتجاع على المشهور، فإنها تستبرئ بثلاث حيض، وكأن المصنف إنما خص المعتدة البائن للاتفاق عليها.

(ص): **(وكالمعتدةِ في وفاةٍ، أو طلاقٍ تَتزوجُ ويُدخل بها. وقال ابن الجلاب: تُتِمُّ، ثُم تَستأنِفُ عدةً أُخرى. وهو في "الموطإ" عن عمر)**

(ش): يعني: وممن هي مخاطبة بأقصى الأجلين على المشهور المعتدة، سواء كانت معتدة من طلاق، أو وفاة، إذا تزوجت، ودخل بها في العدة، وفسخ النكاح، وأقصى الأجلين في حق المطلقة مجاز كما ذكرنا بخلافه في المتوفى عنها[2].

وقوله: (وقال ابن الجلاب) أحسن منه: وفي "الجلاب"؛ لأن ابن الجلاب لم يقله، وإنما نقل في المسألتين روايتين، إحداهما ما شهره المصنف، والثانية: أنها تتم بقية العدة الأولى، ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى. ثم كلامه يوهم أن ابن الجلاب ذكر ذلك في مسألة الموت والطلاق، وإنما ذكره في مسألة الطلاق.

(ص): **(وكالمُستبرَأةِ مِن وَطءٍ فاسدٍ يُطلِّقها الزوجُ، أو يموت)**

(ش): يعني: وكذلك يجب أقصى الأجلين على من وجب استبراؤها من الزوجات

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١٦٣/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٦/٢.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

لأجل وطء فاسد، بزنى، أو اشتباه، ثم طلقها الزوج، أو مات عنها[1].

(ص): **(ووَضْعُ الحَمْلِ اللاحقِ بالنكاحِ الصحيحِ يَهدِم غيرَهُ)**

(ش): مثاله: إذا تزوجت المعتدة لغير مطلقها، أو غصبت، أو زنت، أو وطئت باشتباه، ثم أتت بولد وألحق بالأول، وهو معنى قوله: (بالنكاح الصحيح)، فإن ذلك الوضع (يَهدِم غيرَه)، أي: الاستبراء من الوطء الثاني، لأنه إنما كان خشية الحمل، وهو مأمون هنا، ولا خلاف في هذا. قاله عياض، وغيره[2].

(ص): **(ووَضْعُه مِن الفاسدِ يهدِم أثَرَ الفاسدِ، ولا يَهدِم في المُعتدةِ للوفاةِ اتفاقًا؛ فعليها أقصى الأجلين، وفي المعتدةِ للطلاقِ قولان. وعلى ألا يَهدِم فقيلَ: أقصَى الأجَلينِ. وقيل: تأتنِفُ بَعدَه عدةً....)**

(ش): يعني: وإن ألحق بالنكاح في العدة، فإن كان وطئها بعد حيضة، فإن ذلك الوضع يبرئها من الاستبراء، وهو معنى قوله: (أثَرَ الفاسدِ)، ثم هل يهدم هذا الوضع أثر العدة؟

لا يخلو إما أن تكون العدة الأولى من وفاة، أو طلاق، فإن كانت من وفاة، فقال المصنف، وغيره: لا يهدمها هذا الوضع بالاتفاق. وحكى بعضهم فيها خلافًا كالمعتدة من الطلاق. وهذه الطريقة أولى؛ لأن المثبت أولى ممن حكى الخلاف[3].

أبو محمد: عن أشهب، فإنه حكى عنه في المنعي لها زوجها: أن الوضع من الآخر يبرئها منهما، قال: وهو خلاف قولهم كلهم. فإن قلت: كيف يصح قوله: (ولا يَهدِم في العدة للوفاة)، ولا يمكن أن يكون أقصى الأجلين إلا الحمل، فإن الفرض أن الحمل محكوم له بأنه من الثاني، ولا يحكم به أنه من الثاني إلا بعد كونه آتيا بعد ستة أشهر، وعلى هذا فيكون الحمل هو أقصى الأجلين، ويصح قوله أن: (وَضْعُه مِن الفاسدِ.... لا يَهدِم في المُعتدَّة للوفاةِ)، فالجواب: أنه يتصور في المنعي لها زوجها إذا اعتدت، وتزوجت، وحملت من الثاني، ثم ثبت أنه لم يمت أولا، وإنما مات الآن، وفسخ نكاح الثاني؛ لأنه نكح ذات زوج، فإن وضعت قبل تمام أربعة أشهر وعشر من يوم موت الزوج الأول، لم تحل حتى تنقضي الأربعة أشهر وعشر، وإن انقضت الأربعة أشهر

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٣، والكافي: ٢/٦٢٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥، وإرشاد السالك: ١/١١٩.

وعشر قبل وضع الحمل بأن تبين موت الأول، وهي في أول الحمل، لم تحل حتى تضع حملها، والله أعلم[١].

وقوله: (وفي المعتدة من الطلاق قولانِ)، يعني: وهل يهدم الحمل اللاحق بالنكاح الفاسد عدة الطلاق؟ قولان. والقول بالهدم مذهب "المدونة"عند غير واحد من الشيوخ؛ لأن فيها: وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعا؛ فظاهره: وإن كان من الآخر. وصرح بعضهم بذلك في اختصاره لـ "المدونة"، وهو قول ابن القاسم في "مختصر ابن أبي زيد"، ورواية أشهب في "الموازية"، وضعفه محمد[٢].

والقول بأنه لا يبرئها، ولا بد لها من ثلاث حيض، لأصبغ، والأول أظهر لأن العدة شرعت لبراءة الرحم، ومع الوضع تتحقق البراءة. ورأى أصبغ أن عدة الطلاق أيضًا فيها ضرب من التعبد، ولولا ذلك لاقتصر على قرء واحد. وعلى الأول إنما تبرأ بالحمل إذا كان بشبهة، وأما إذا كان بزنى صراح، فإنه لا يبرئها ذلك من عدة وجبت عليها. وقاله ابن القاسم، لكن اعترضه أبو إسحاق وقال: لا ينبغي أن يفرق في ذلك إذ القصد براءة الرحم[٣].

وقوله: (وعلى ألا يَهدِم.... إلخ)، يعني: وإذا فرعنا على القول بعدم الهدم، فعليها أقصى الأجلين، أي: لا تكتفي بالحمل، وتنتظر بقية الأقراء. وهذا من المواضع التي أطلق فيها المصنف الأقصى بالمجاز، وهذا القول هو المعروف، والقول بأنها تستأنف ثلاث حيض نقله صاحب " النوادر"، لكن قال عبد الحق: لا يصح ما نقله: أنها تستأنف ثلاث حيض. ولفظه في "الأمهات": لم يكن لها بد من بقية الثلاث.

ابن يونس: وهذه العبارة هي الصواب؛ لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن يتزوجها بعد حيضة، وتضعه بعد ستة أشهر فأكثر، فقد مضت لها حيضة، فتتم بقية الثلاث حيض. وفي "التنبيهات " ما وقع من نقل بعضهم: أنها تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع، فإنما معناه: أنها لم تحض قبلُ. قيل: ولا يقول أحد: إن الوضع يهدم ما مضى من عدتها. فإن قلت: هذا ليس بظاهر؛ لأنه إنما يلحق بالثاني بعد الحيضة. قيل: يحتمل أن يكون ذلك قبلها، ويكون الأول نفاه، فإنه حينئذ يلحق بالثاني، كما قال المصنف في

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٧/١، المدونة: ٢١/٢، وتهذيب المدونة: ٤٠٩/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

المسألة التي تليها[1].

ابن عبد السلام: القول باستئناف الثلاث ذكره محمد، واختاره، وظاهره: أن النفاس في هذه الصورة لا يقوم مقام حيضة، وقال بعضهم: بل يقوم مقامها، وهو الأظهر عندي. انتهى.

(ص): (ومَهْما أتتْ غيرُ المَزنيّ بها بولدٍ يَحتملُهما، فإنْ كان بعدَ حيضةٍ لَحِقَ بالثاني، إلا أنْ ينفيَه باللِّعان، فيَلحقُ بالأولِ. ولا تُلاعِنُ هي لأنه نَفاهُ إلى فِراشٍ، فإنْ نَفاهُ تلاعَنا، وإنْ كان قبْل حيضةٍ فالأمرُ بالعَكس....)

(ش): جرت عادة غير المصنف بفرض هذه المسألة في النكاح في العدة، وأتى المصنف بعبارة شاملة لها ولغيرها، فإن قوله (غيرُالمَزنيّ بها): يدخل فيه النكاح في العدة، والموطوءة باشتباه، ولا يقال: يدخل في كلامه الأمة المشتركة إذا وطئها الشريكان، كما أشار إليه ابن عبد السلام، لأن قوله بعد: (هذا حكمُ النكاحِ) يردُّه. وأخرج بقوله: (غيرُ المَزنيّ بها) الزانيةَ والمُغتصبة، ومعناه: إذا تزوجت المعتدة، ثم أتت بولد لما يحتمل أن يكون لكل واحد من الواطئين بأن تأتي به لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني. فإن كان وطء الثاني لها بعد حيضة لحق الولد بالثاني؛ لأن الحيضة تدل على براءة رحمها من الأول، وهذا مذهب "المدونة"، وهو المشهور. وروى المدنيون، عن مالك: يلحق بالأول، ولو وطئها الثاني بعد حيضة أو حيضتين، لصحة ماء الأول، وفساد وطء الثاني[2].

وقوله: (إلا أن ينفيَه باللِّعان، فيلحقُ بالأول): تصوره ظاهر، ولا تلاعن هي؛ لأنه لم يرمها بزنى، وإنما نفاه إلى فراش، فإن نفاه الأول أيضا التعنت حينئذ، لأنه لم يبق من يلحق به هذا الولد. وهذا معنى قوله: (فإنْ نَفاهُ تلاعَنا).

قوله: (فإنْ كان قبْلَ حيضةٍ فالأمرُ بالعكس)، أي: فيلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان، فينتفي عنه، ويلحق بالثاني، ولا تلاعن هي إلا أن ينفيه الثاني أيضا فحينئذ تلاعن. وعلى ما رواه المدنيون: إذا نفاه الأول تلاعن، لأنه لا يلحق بالثاني، وإذا ألحق بالأول فإنها تحرم على الثاني لكونه وطئها في العدة. قاله في "المدونة".

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

تنبيهان

الأول: قد تقدم أن قول (غيرُ المَزنيِّ بها) يشمل المعتدة، والموطوءة باشتباه، ولم أرَ هذا الحكم في المشتبهة. الثاني: احترز المصنف بقوله: (يَحتمِلُهما)، مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، فإنه لا يلحق بالثاني أصلا، ويلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان.

ابن القاسم: وفي معنى الستة ما إذا كان الشهر السادس تسعةً وعشرين، ولا يلحق في أنقص من ذلك. وقال ابن دينار: يلحق به، وإن نقص ليلتين أو ثلاثًا قدر ما بين الأهلة.

عياض: قد وقعت قديمًا بفاس مسألة في امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يومًا، هل هل يلحق به أم لا؟ واختلف فيها فقهاء بلدنا أيضا، والصواب ألا يلحق به؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نُقص، وبه أفتى أحمد بن القاضي، ومحمد بن العجوز، وغيرهما، وخالفهما أبو علي السبتي[1].

(ص): (**ثُم مَن استَلحَقه لَحِقَ به، ويُحَدُّ إن كان المُستلحِقُ المُلاعِنَ الثانيَ. وقيل: المُستلحِقُ منهما يُحَدُّ....**)

(ش): لا خفاء فيما ذكره: أن من استلحقه منهما يلحق به، كما في سائر مسائل اللعان.

ابن المواز: فإذا استلحقه أحدهما فلا دعوى للثاني فيه، ولو ادَّعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه؛ لأنه ابن الثاني، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به، وتحرم على الثاني للأبد، سواء التعن أم لا؛ لأنه ناكح في عدة[2].

سحنون: ولا تحرم على الأول - وإن التعن - لأنه لم تلاعنه كالتي تغتصب فينفي الزوج حملها، أنه يلاعن ولا تحرم عليه. وقال أصبغ: إن تلاعنا جميعا حرمت على الأول والثاني. وقال عبد الحميد، وابن عبد السلام: إذا استلحقاه فإنه يكون لمن يقتضي الحكم إلحاقه به لو لم يكن لعانٌ، فإن كان بعد حيضة لحق بالثاني، وإن كان قبلها فبالأول.

ابن عبد السلام: هكذا نصوا. وينبغي أن يحمل على ما إذا استلحقاه في زمان

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

واحد، وأما إن تقدم أحدهما فيلحق بالمستلحق الأول، فانظره مع كلام ابن المواز.

وقوله: (ويُحَدُّ.... إلخ) يعني: ويحد المستلحق إن كان هو الملاعن الثاني، لأنه هو الذي نفاه إلى غير فراش، وأما إن استلحقه الملاعن الأول فإنه لا حد عليه؛ لأنه إنما نفاه لفراش. وهذا قول محمد.

وقوله: وقيل: (المُستلحِقُ منهما يُحَدُّ)، أي: سواء كان الأول أو الثاني. وهو قول أصبغ، واستصوبه التونسي، قال: لأن لعانها لهما[1].

(ص): (هذا حُكم النكاحِ، وأمّا القافَةُ ففي الأمَة يطؤها السيدانِ في طُهْر)

(ش): يعني: أن الحكم الذي ذكره خاص بالنكاح، وليس في الحرائر قافة، وإنما القافة في الإماء، وهذا هو المشهور. وروي عن مالك: أنه يعمل به في الحرائر أيضا. واختاره اللخمي، وغيره. والقافة جمع قائف[2].

أبو عمران: وإنما اختصت القافة بالإماء على المشهور، لأن الأمة قد تكون بين جماعة، فيطئونها في طهر واحد، فقد تساووا في الملك والوطء، وكذلك ما حكم به عمر رضي الله عنه في وطء الزنا في الجاهلية لتساوي الوطء، وليس أحدهما أقوى من الآخر[3]. وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل، وقد وطئها البائع، ووطئها المبتاع في ذلك الطهر؛ لأنهما استويا في ذلك الملك، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجًا لرجلين في حالة واحدة، فلا يصح فيها فراشان متساويان. وأيضا ولد الحرة لا ينتفي إلا بلعان، وولد الأمة ينتفي بغيره. والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين إلى الاجتهاد، ثم من ألحقته القافة لحق به، فإن قالت: هو منهما. فمذهب ابن القاسم وروايته، عن مالك: أن الاشتراك في الماء لا يصح، ويصير إلى أن يبلغ، فيوالي من شاء منهما[4]. وسيأتي من كلام المصنف آخر أمهات الأولاد في هذه المسألة أربعة أقوال.

فرع

فإن قالت القافة: ليس هو لواحد منهما. قال أصبغ: تغير عليه القافة، فإن استوى كلامهم، وهما مقران بالوطء، وإلا أيهما شاء. وقال سحنون: يُدعى له آخرون، ثم

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٥، وإرشاد السالك: ١/١١٩.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٣، والكافي: ٢/٦٢٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٧، المدونة: ٢/٢١، وتهذيب المدونة: ١/٤٠٩.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧١، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٦.

آخرون، هكذا أبدًا حتى يلحقه بعضهم بأحدهما؛ لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي[1].

وهل يُجتزأ بقائف واحد، وهو الذي رواه ابن حبيب، عن مالك، وشرط في الرواية أن يكون عدلا، أو لا يجتزأ إلا باثنين، وهو الذي رواه ابن نافع، عن مالك بناء على إلحاقه بباب الخبر أو بباب الشهادة؟ بعض الشيوخ: والقياس أن يحكم بقائف واحد، وإن لم يكن عدلا؛ لأنه علم يؤديه، وليس من طريق الشهادة، كما يقبل قول النصراني الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب. زاد التونسي: وكذلك اختلف في الترجمان، والناظر في العيوب، هل يُجتزأ بواحد، أو لا بد من اثنين؟

(ص): (والمُشتراةُ في العِدَّةِ عليها أقصَى الأجليْنِ مِن حينِ الشراءِ)

(ش): يعني: سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق، أما المعتدة في الوفاة: ففي "المدونة": إن حاضت قبل شهرين وخمس ليال، لم يطأها حتى تنقضي عدتها، وإن تمت عدتها ولم تحض، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر، وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، وأما المطلقة فأشار إليها بقوله:

(ص): (فلذلك لو كانت مطلَّقةً فتأخَّر حيضُها، اعتبرَتْ ثلاثةَ أشهرٍ مِن حينِ شرائِها، وإن زادت على سَنةِ العِدَّةِ....)

(ش): لأنها إذا طلقت وهي مرتابة بتأخير الحيض فعدتها سنة كما تقدم، واستبراؤها بثلاثة أشهر كما تقدم، فتنتظر أقصى الأجلين، فإن بيعت وقد بقي من العام ثلاثة أشهر، فقد دخل الاستبراء في العدة، وإن بيعت وقد بقي من السنة يوم دخل يوم من الاستبراء في العدة[2].

خليل: ولو قيل: يكتفى بالسنة على الاستبراء. لكان قولا حسنا؛ لأن الاستبراء معقول المعنى، وقد حصلت براءة الرحم بالسنة، والله أعلم.

(ص): (ومَن أَعتقَ لم يَستبرِئْ لِنكاحِه عن وَطْئِه)

(ش): يعني: إذا كانت له أمة يطؤها، ثم أعتقها وأراد أن يتزوجها لم يستبرئ لنكاحه، لأن وطأه أولا صحيح، والاستبراء إنما يكون عن الوطء الفاسد. وسمعت ممن أثق به: أن في المسألة قولا آخر بالاستبراء، ولم أره الآن، وهو أظهر، ليفرق بين

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣١/٦، ومنح الجليل: ٢١/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦١/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٣/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٤/١٣.

ولده من وطء الملك، فإنه ينتفي بمجرد دعواه من غير يمين على المشهور، وبين ولده من وطء النكاح، فإنه لا ينتفي إلا بلعانه(١).

(ص): **(ومَن اشترَى زوجتَهُ قبْلَ البناءِ أو بَعدَه لم يَستبرِئْها لِحِلِّ وَطْءِ المِلْك)**

(ش): يعني: أن الإنسان إذا كان متزوجا لأمة، ثم اشتراها، فليس عليه استبراء؛ لأنه إن لم يدخل بها فواضح، إذ لا وطء منه، ولا من غيره حتى يجب الاستبراء منه، وإن دخل فوطؤه صحيح، والماء ماؤه، هو ماء صحيح في وطء صحيح(٢).

عياض: وقال ابن كنانة: في غير المدخول بها يستبرئها. وانظر ما حكاه القاضي، عن ابن كنانة، هل معناه: وإن كانت بعد البناء لم يحتج إلى استبراء، أو إنما تحتاج إليه بعده من باب الأولى، ويكون نبه بالأخف على الأشد، وهو الظاهر. وذكر أن الولد إذا أحدث بعد الملك كانت به أم ولد باتفاق(٣).

واختلف إذا حملت به في النكاح، وولدته بعد الشراء، هل تكون به أم ولد أو لا؟ فتحتاج إلى الاستبراء ليحصل العلم هل هي أم ولد، أو لا؟

(ص): **(فلو باع المدخولَ بها، أو أَعتقها، أو مات عنها، أو عَجَزَ المُكاتبُ قبْلَ وَطْءِ المِلْكِ لم تَحِلَّ للسيدِ، ولا للزوجِ، إلا بقُرْئيْن عدَّة فسخ النكاح، وكان يقولُ: حيضةٌ. ثم رَجَعَ....)**

(ش): يعني: فلو باع هذا الزوج الذي اشترى زوجته، وكان قد دخل بها، أو أعتقها، أو مات عنها قبل أن يطأها بالملك، أو كان هذا الزوج مكاتبا اشترى زوجته فعجز، فرجعت إلى سيده قبل أن يطأها المكاتب، لم تحل واحدة منهن لزوج إن تزوجت، أو لسيد إن حصلت؛ إلا بعد قرئين عدة فسخ النكاح، وكان مالك يقول في كل من اشترى زوجته من حر أو عبد، ثم باعها، أو أعتقها: إنه يستبرئها بحيضة. ثم رجع عنه إلى حيضتين. ذكر ذلك في "المختصر الكبير"، وكتاب ابن المواز. وبالمرجوع إليه أخذ ابن القاسم، ولكنه في "المدونة" إنما ذكر مسألة المكاتب، قيل: وسبب الخلاف هل هي من ملك، ولم يفعل كمن فعل، وذلك أن المكاتب ونحوه قد ملك أن يطأ، فهل يعد كأنه وطئ أم لا؟

عياض: وقيل: سبب الخلافِ الخلافُ في المطلوب في الفسوخ، هل هو استبراء،

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٣/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٦/٢.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٥/٣، والتلقين: ١٣٦/١، وبلغة السالك: ٤٤٦/٢.

أو عدة؟

أبو الحسن، وغيره: وإذا بنينا على القول المرجوع إليه، فالحيضة الأولى هي التي للمواضعة، ويبرأ بها المبتاع، والثانية إنما هي لتتميم عدة فسخ النكاح، وضمانها حينئذ من المشتري. وكتب ابن عتاب: أن المواضعة في الحيضتين معا، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين. ونص ما في "كتاب ابن عبدوس": وذلك أنه إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد للبائع، وقول المصنف (عدة) مجرور، إما بدل، أو عطف بيان من (قرءين)[1].

(ص): (**وبَعدَه بحيضةٍ لأن وَطْأَهُ فسخٌ للعِدَّة**)

(**ش**): الضمير المجرور بـ (بعده) عائد على الوطء، يعني: وإن باع المدخول بها، أو مات عنها، أو أعتقها بعد أن وطئها اكتفت بحيضة؛ لأن وطأه هادم لعدة فسخ النكاح. ولما كان المطلوب في الفرع الأول على القول المرجوع إليه إنما هو عدة، قال المصنف (بقرئين)؛ لأن الأقراء هن الأطهار بخلاف المطلوب هنا فإنه استبراء محض، فلذلك قال: (بحيضة)، ولم يقل: بقرء؛ لأنه تقدم أن المطلوب به في الاستبراء حيضة على المشهور.

(ص): (**إلا أن يحصل قبل ذلك حيضة أو حيضتان فتَحِلُّ بحيضة**)

(ش): الاستثناء راجع إلى صدر المسألة - أعني: محل القرءين - والإشارة بـ(ذلك) عائدة على البيع، والعتق، والموت، وعجز المكاتب المفهومة من قوله: (فلو باع المدخول بها، أو أعتقها، أو مات عنها، أو عجز المكاتب)، يعني: إلا أن تحصل قبل انتقال الملك بأحد تلك الوجوه حيضة أو حيضتان، فتحل بحيضة؛ لأنه إن حصل قبل ذلك حيضة كانت هذه الحيضة التي تحل بها مكملة للعدة، ونائبة عن الاستبراء، وإن كان الحاصل قبل ذلك حيضتان كانت هذه الحيضة استبراء فقط[2].

(ص): (**ومتى التبَس الأمرُ، فالأحوطُ كالمرأتينِ إحداهما بنكاحٍ فاسدٍ، أو إحداهما مطلَّقةٌ، ثم مات الزوجُ، ولم تتبيَّنْ فيهما فعِدَّتُهما أقصَى الأجليْن، فإن تبيَّنَتْ فكالمطلَّقةِ....**)

(**ش**): الكلام المتقدم في التداخل هو باعتبار موجبين، والكلام الآن إذا كان الموجب واحدًا، ولكنه التبس بغيره، ثم التباسه إما أن يكون من جهة محل الحكم،

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٤، وحاشية الصاوي: ٦/٣٠.

وإما من جهة سببه، ومثل المصنف للأولين بمثالين، أشار إلى الأول بقوله: (كالمرأتين إحداهما بنكاح فاسد)، وإلى الثاني بقوله: (أو إحداهما مطلقة)، يعني: إذا كانت له امرأتان إحداهما بنكاح فاسد، كما لو تزوج أختين من الرضاع، ولم تدر السابقة منهما، ثم مات الزوج، فتعتد كل واحد منهما بأربعة أشهر وعشر، وبثلاثة قروء؛ لأن الحكم فيهما لو علمت السابقة: أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، وتعتد الأخرى بثلاثة قروء، لكن لا يعلم ذلك طلب في كل واحدة مجموع الأمرين؛ إذ لا تتحقق حليتهما للأزواج إلا بذلك، والتعليل في المسألة الثانية كالأولى[١].

وقوله: (ثم مات الزوجُ) هو عائد للمسألتين معا.

وقوله: (ولم تتبيَّن) أي: المنكوحة نكاحًا فاسدًا، أو المطلقة فيهما، أي: في المسألتين.

وقوله: (فعدَّتُهما أقصى الأجلين) واضح.

وقوله: (فإن تبيَّنتْ)، أي: المنكوحة نكاحًا فاسدًا (فكالمطلَّقة)، أي: فإن مات عنها قبل البناء، فلا شيء عليها، وإن مات بعده تربصت ثلاثة قروء، ثم أخذ يتكلم على الالتباس من جهة سبب الحكم، فقال:

(ص): (وكالمُستولَدةِ المتزوّجةِ يموت السيدُ والزوجُ ولم يُعلم السابقُ منهما، فإنِ احتمَل ما بينهما عدة الأمةِ فأربعةُ أشهرٍ وعشرٌ مِن موتِ الثاني، وحيضةٌ فيها، أو إلى تمامِ تسعةِ أشهرٍ، وهذا على أن استبراء المُستولَدة بذلك، لا على أنه ثلاثةٌ أو ستةٌ، وإن لم يَحتمِل فأربعةُ أشهرٍ وعشرٌ مِن موتِ الثاني، وحُكم الحيضةِ ما في عدةِ الحُرةِ للوفاةِ، ولا بد مما تَحِلُّ به الأمَةُ المُعتدَّةُ مِن الوفاةِ مِن موتِ الأول....)

(ش): يعني: إذا زوج الرجل أم ولد، ثم غاب عنها سيدها وزوجها وماتا، وعلم أن أحدهما مات قبل الآخر، لكن لم يعلم السابق منهما، فلذلك صورتان:

الأولى أن يكون بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال، وهو معنى قوله: (فإن احتمل ما بينهما عدة الأمة)[٢]. وانتهى كلامه على هذه الصورة عند قوله: (ثلاثة أو ستة)[٣].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٥/٦، وإرشاد السالك: ١١٩/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٥٣/١، والكافي: ٦٢٠/٢.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٧١/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٦/١.

والصورة الثانية: ألا يكون بين موتهما شهران وخمس ليال، وهو معنى قوله: (وإن لم يحتمل.... إلخ)، وإنما طلبت في الأولى بأربعة أشهر وعشر وحيضة؛ لأنه على تقدير احتمال موت السيد أولا لا يلزمها بسببه شيء، لأنه مات عنها وهي في عصمة زوج، ولم تحل لسيدها، لكن يجب عليها أربعة أشهر وعشر؛ لأن زوجها مات عنها وهي حرة. وعلى احتمال موت الزوج أولا تجب عليها العدة منه بشهرين وخمس ليال؛ لأنه مات عنها قبل سيدها، لكن يجب عليها الاستبراء بحيضة؛ لأنها قد حلت للسيد؛ إذ الفرض أن بين موتهما مقدار العدة، فلأجل ذلك لا تحل إلا بمجموع الأمرين أربعة أشهر وعشر وحيضة، فإن أتتها الحيضة في أربع أشهر وعشر، وإلا انتظرتها إلى تسعة أشهر، فإن لم تأتها، ولم تحس بريبة حلت، وهذا معنى قوله: (وحيضة فيها، أو إلى تمام تسعة أشهر)[1].

واختلف الشيوخ في الشهرين وخمس ليال، هل لها حكم أكثر منها؟ وبه فسر "المدونة" ابن يونس، أو الأقل وإليه ذهب ابن شبلون؛ لأنه لم يمض وقت تحل فيه للسيد، ولو جهل مقدار ما بينهما هل أقل أو أكثر، لكانت كما لو تحقق أنه أكثر، ولزم الأخذ بالأحوط. قاله بعض الشيوخ[2].

قوله: (وهذا)، أي: ما قلنا من الرفع إلى تسعة أشهر، إنما هو أن تُستبرأ أم الولد إذا توفي عنها سيدها، وارتابت بتأخير الحيض تسعة أشهر، لا على القول بأنها ترفع ثلاثة أشهر، فإنها على هذا القول تكتفي بأربعة أشهر وعشر لدخول الثلاثة فيها، ولا على أنها ترفع إلى ستة أشهر، فإنها تستغني بستة أشهر. وهذا القول الذي قدمه عن ابن القاسم بقوله: (وكان يقول إن كانت تحيض كل ستة أشهر انتظرتها). وكلام المصنف يوهم أن ابن القاسم يقصد خصوصية الستة، وإنما قال ذلك على طريق المثال كما تقدم، واعلم أن ما قاله المصنف من أنها على القول بأنها تكتفي بثلاثة أشهر تكتفي هنا بالأربعة أشهر وعشر، هو قول غير واحد من القرويين، ورده ابن يونس بأن القول بالاكتفاء بالثلاثة إنما هو في الأمة القن إذا ارتابت، والحيضة في أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها عدة لقوة الاختلاف فيها بخلاف الأمة. وإذا كانت عليها عدة من سيدها، وعدة من زوجها، وجب أن تطالب بأقصى الأجلين، كقول ابن القاسم فيمن

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٦/٣، والتلقين: ١٣٧/١، وبلغة السالك: ٤٤٧/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٧/٢.

تزوجت في عدة وفاة، ودخل بها، وصححه عياض. خليل: وإنما يظهر أثر اشتراط الحيضة فيما إذا احتمل على قول من لا يراعي الحيضة في عدة الوفاة، وأما من يعتبرها - كأشهب، وأحد قولي ابن القاسم - فإن حيضة استبرائها تدخل في الحيضة المشترطة في العدة[١].

وقوله: (وإن لم يحتمل): هذه هي الصورة الثانية، يعني: فإن لم يكن بين موتهما شهران وخمس ليال، بل أقل من ذلك، فعليها أربعة أشهر وعشر لاحتمال موت الزوج بعد موت السيد، وعلى احتمال موت الزوج أولا فعليها شهران وخمس ليال، وهي مندرجة في الأربعة، فلذلك اكتفت بالأربعة أشهر وعشر، ولم تحتج إلى حيضة الاستبراء؛ لأنها إنما احتاجت إليها في المسألة السابقة لكونها حلت للسيد، وهاهنا لم تحل له؛ لأنه وإن مات زوجها أولا فهي معتدة منه[٢].

وقوله: (وحُكْمُ الحيضةِ.... إلخ)، يعني: فيحتاج إليها على قول أشهب، ولا يحتاج إليها على قول عبد الملك، ويفرق على المشهور.

ابن عبد السلام: واختلف حذاق الشيوخ هل طلب الحيضة في عدة الوفاة في حق من كانت عادتها أن تحيض في أقل من زمان العدة عام في كل معتدة، أو لا يحتاج إليها هنا لرفع الريبة في تلك العدة، فصارت من باب اعتبار الشك المركب، وقد تقدم إطراحه في الفقهيات لأنه من الوساوس؟

قوله: (ولا بد مما تَحل به الأمةُ المُعتدةُ للوفاة)[٣].

ابن راشد: هذا الموضع مشكل؛ لأن فرض المسألة: أن الأول مجهول، فإن فرضنا أن الأول هو الزوج، فهذه تعتد عدة الأمة، وتقدم الخلاف هل لا بد من حيضة، أو تحل بثلاثة أشهر، أو تحل بانقضاء العدة؟

وإن كان السيد هو الأول فعدتها أربعة أشهر وعشر، ويختلف هل تحل، أم لا تحل حتى تحيض - كما سبق -، فأي فائدة في ذكره، فتأمله؟

خليل: ويحتمل أن يكون أشار بذلك إلى أنها تتربص تسعة أشهر على قول، وذلك لأنه قدم أن الأمة قد لا تحل بمجرد مضي عدتها، بل لا بد مما تحل به الأمة. وقد

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٥، وحاشية الصاوي: ٦/٣١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٤، والكافي: ٢/٦٢١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٦، وإرشاد السالك: ١/١٢٠.

تقدم أن في ذلك قولين: أحدهما أنها تتربص تسعة أشهر. والثاني: أنها تتربص ثلاثة. فعلى الأول أنها تتربص تسعة: لا بد لهذه المستولدة من تسعة إذا ضعف أمرها أن تكون كالأمة، والله أعلم[١].

فرع

ولا ترث أم الولد من زوجها شيئًا في الصورتين لاحتمال موت الزوج قبل موت السيد. قاله في "المدونة" وغيرها[٢].

باب الإحداد

(ص): (**الإحدادُ[٣]: ويجبُ على كلِّ زوجةٍ للوفاةِ خاصةً، وإن كانت صغيرةً دُون الطلاق**)

(ش): أبو زيد، وأبو عبيد: يقال: حدت المرأة؛ فهي حاد، وأحدت؛ فهي محد، ولم يعرف الأصمعي حدت، وأصله من: حاددت الرجل من كذا: إذا منعته، ومنه الحدود الشرعية من الجلد والرجم والقطع؛ لأنها تمنع أن يؤتى مثل ذلك الفعل، ومنه أيضا الحدود للماهيات؛ لأنها تمنع من أن يدخل في تلك الماهية غيرها، ولذلك قيل للبواب: حداد؛ لأنه يمنع غيره، والدليل على وجوبه في عدة الوفاة ما في الصحيحين، وغيرهما، عن أم عطية: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تُحِدُّ المرأة عَلَى مَيّتٍ فَوْقَ ثَلاثٍ، إلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَلا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إلا ثَوْبَ

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٢/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٧/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٢/٦، ومنح الجليل: ٢٢/٩.

(٣) قال العبدري في التاج والإكليل: ١٥٤/٤: الإحداد: ترك ما هو زينة فيدخل ترك الخاتم للمبتذلة، وقال أبو عمر: الإحداد ترك الزينة الداعية إلى الأزواج، وذلك واجب على المتوفي عنها زوجها حتى تقضي عدتها بشهورها أو بوضع حملها، حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو ذمية، صغيرة كانت أو كبيرة. وهذا هو تحصيل مذهب مالك، وهو الصحيح، ولا إحداد على مطلقة رجعية كانت مبتوتة أو بائنا. والإحداد هو جميع ما تتزين به النساء من حلي وصبغ وكحل وخضاب وطيب وثياب مصبوغة ملونة أو بيض يلبس مثلها للزينة، فلا يجوز لها لباس شيء تتزين به بياضا ولا غيره. وأما الحلي والخاتم وما فوقه فلا يجوز للحاد لبسه، وكذلك الطيب كله مذكره ومؤنثه، وإن اضطرت إلى الكحل اكتحلت ليلا ومسحته نهارا، ولا تقرب شيئا من الأدهان البان والورد والبنفسج والخيري ولا بالزيت والشحم وكل ما لا زينة فيه فلا بأس به الإحداد من النساء.

عَصْبٍ، وَلا تَكْتَحِلُ، وَلا تَمَسُّ طِيبًا، إِلا إِذَا طَهُرَتْ نُبْذَةً مِنْ قُسْطٍ وأَظْفَارٍ"[١].

قيل: والعصب: ثياب من اليمن فيها بياض وسواد، والنبذة بضم النون: القطعة والشيء اليسير، والقسط بضم القاف والأظفار نوعان من البخور، ورخص فيه في الطهر من الحيض لتطييب المحل وإزالة كراهته. ولهذا الحديث ونحوه قصد مالك الإحداد على عدة الوفاة، وحكمة مشروعيته الإبعاد مما تراد المرأة له صونا للأنساب.

مطرف، وابن الماجشون: وإن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضي الريبة، وإن بلغت إلى خمس سنين. قال: وكذلك سمعنا مالكا يقول[٢].

قوله: (وإن كانت صغيرةً)، يريد: وإن كانت في المهد، ويجنبها أهلها؛ لأنها لم وجبت عدة الوفاة على الصغيرة والكبيرة وجب عليها الإحداد، ودخل في قوله: (كلِّ زوجةٍ للوفاةِ): الأمة والحرة، وهو صحيح.

(ص): (وفي زوجةِ المفقودِ والكتابيَّةِ قولانِ)

(ش): المشهور مذهب "المدونة" وجوب الإحداد عليهما، ولم يوجبه عبد الملك، وسحنون على امرأة المفقود؛ لأن الرجل لم تتحقق وفاته بدليل أنا لا نقسم ميراثه، واختار اللخمي أن يكون عليها أقصى الأجلين. والقول بعدم وجوب الإحداد على الكتابية رواه ابن نافع، عن مالك، وبه قال هو، وأشهب؛ إما لأنها لم تدخل في قوله عليه الصلاة والسلام: "لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ"[٣]. وإما بناء على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، كما أشار بعضهم، وقد يقال: إن المشهور، وقول ابن نافع مبنيان على الخلاف في عدتها، هل تعتد بأربعة أشهر وعشر، أو بثلاث حيض. فالمشهور مبني على الأول، وقول ابن نافع مبني على الثاني.

(ص): (وهو تركُ الزِّينةِ المعتادةِ، فلا تَتحلَّى ولو بخاتم، ولا تتطيَّب، ولا تدَّهن بالأدهان المُطَيِّبةِ بخلافِ الشيرَقِ والزَّيت....)

(ش): لما ذكر أن الإحداد واجب أتبعه بالكلام على حقيقته، ولما كان ترك

---

(١) أخرجه أبو داود، رقم (٢٣٠٢) وأحمد في مسنده، برقم (٢٠٢٦٩) والبيهقي في السنن الكبرى: ١/ ١٨٣، جميعا من حديث أم عطية.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٧/٣، والتلقين: ١٣٨/١، وبلغة السالك: ٤٤٨/٢.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (١٢٨٠) ومسلم، برقم (١٤٨٦) كلاهما من حديث رملة بنت أبي سفيان.

التحلي والتطيب من نتيجة قوله (تَرْكُ الزينةِ) أدخل الفاء في قوله: (فلا تتحلَّى ولو بخاتم، ولا تتطيَّب).

عيسى: وسواء كان ذلك الخاتم فضة أو ذهبًا. مالك في رواية محمد: ولا تلبس حليا ولو كان حديدًا. ولم ينص أصحابنا على الجوهر والياقوت.

الباجي: وهوداخل تحت قوله في "الموطأ": ولا تلبس خاتما، ولا خلخالا، ولا غير ذلك من الحلي"[1].

محمد، عن مالك: ولا تحضر عمل الطيب، ولا تتجر فيه، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل[2].

ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها، فقال مالك: لا تنقض مشطها، أرأيت لو اختضبت. قال في "البيان": إن كانت امتشطت بغير طيب، وأما إن كانت امتشطت بطيب، أو تطيبت في سائر جسدها، فيجب عليها غسله، كنزع الثوب المصبوغ إذا توفي زوجها وهي لابسة له.، وكما يجب على الرجل إذا أحرم وهو متطيب أن يغسل الطيب عنه. وقال بعض القرويين: إذا لزمت المرأة العدة وعليها طيب ليس عليها غسله، بخلاف الذي يحرم. عبد الحق: لأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه، ولو شاء نزع الطيب قبل أن يحرم، أو أخر الإحرام حتى يذهب، فلم يعذر لاختياره، بخلاف العدة فإنه لا خيار للمرأة فيها. والشيرق بكسر الشين المعجمة، وآخره قاف، ويقال بالجيم، ويقال أيضا بالحاء المهملة المفتوحة. النووي: وهو بفتح الراء، وليس بعربي، وهو دهن السمسم.

(ص): (ولا تَمتشِطُ بحِنَّاءٍ، ولا كَتَمٍ، ولا بما يَختمِرُ في رأسِها)

(ش): قال في "المدونة" بإثر هذا: وتمتشط بالسدر، وبما لا يختمر في رأسها.

عياض: والحناء ممدود، والكتم بفتح التاء: الوسمة التي يصبغ بها الشعر. وقال أبو عبيد: بتشديد التاء. وهو يذهب حمرة بياض الشعر، ولا يسوده كما زعمه بعضهم ممن أخطأ في ذلك.

(ص): (ولا تَدخُلُ الحَمَّامَ، ولا تُطْلي جسدَها)

(ش): هكذا قال أشهب: إنها لا تدخل الحمام، ولا تطلي جسدها بالنورة، ولا

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٥، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٨.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٦، وحاشية الصاوي: ٦/٣٢.

بأس أن تستحد. هكذا نقل اللخمي، وابن يونس، عن أشهب. ونقل ابن عبد السلام، عن أشهب: أنها لا تدخل الحمام إلا من ضرورة. ونقل عن غيره: أنها لا تدخله. قال: وظاهره: ولو مع الضرورة. وأجاز لها ابن لبابة دخول الحمام، وأجاز في "السليمانية " الإطلاء بالنورة.

مالك في "العتبية": ولا بأس أن تخرج إلى العرس، ولا تتهيأ بما لا تلبسه الحاد، ولا تبيت إلا في بيتها، ولا بأس أن تنظر في المرآة، وتحتجم، وتقلم أظفارها، وتنتف إبطيها.

(ص): **(ولا تكتحلُ إلا لضرورة، وتمسحُه نهارا، وقيل: ولا لضرورة)**

(**ش**): قال في "المدونة": ولا تكتحل إلا من ضرورة، ولا بأس، وإن كان فيه طيب، ودين الله يسر. زاد مالك في "الموازية": أنها تكتحل ليلا، وتمسحه نهارا، كما قال المصنف[(١)]. ولمالك في "المختصر": أنها لا تكتحل بإثمد فيه طيب، وإن اشتكت عينها.

الباجي: ويحتمل ما في "المختصر " أنها لم لم تضطر إلى الطيب. الباجي: وجدت لمالك، ولم أتحققه: أنها لا تكتحل بالإثمد، ولا بشيء فيه سواد، ولا صفرة، ولا بما فيه طيب، وإن اشتكت عينها. ومعنى ذلك ألا تدعو إلى ذلك ضرورة، وهذا على تأويل الباجي يرجع إلى الأول. ونقل ابن عبد الحكم عدم الجواز ولو حصلت الضرورة، ودليله: "أن امرأة توفي زوجها، فَأَتَتْ أُمُّهَا النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَتْ: إنَّ ابْنَتِي اشتكت عَيْنَهَا؛ أَفَأُكَحِّلُهَا؟ قَالَ: لا. قَالَتْ: إِنِّي أَخْشَى أَنْ تَنْفَقِئَ عَيْنُهَا. قَالَ: وَإِنِ انْفَقَأَتْ"[(٢)].

عبد الحق: وإسناده صحيح[(٣)]. وفي "الموطإ " أنه عليه الصلاة والسلام قال لامرأة معتدة اشتكت عينها: "اكتحلي بكحل الجلاء بالليل، وامسحيه نهارا"[(٤)]. ولعل تعارض الحديثين هو سبب الاختلاف هنا[(٥)].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٧، وإرشاد السالك: ١/١٢١.

(٢) أخرجه النسائي في السنن الصغرى، رقم (٣٥٣٣) وفي الكبرى، برقم (٥٦٩٧) وعبد الرزاق في مصنفه، برقم (١٢١٣٠) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٤) أخرجه أبو داود، رقم (٢٣٠٥).

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٣، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٨.

(ص): (وتَلْزَمُ المَسْكَنَ)

(ش): أي: وتلزم المتوفى عنها المسكن الذي توفي عنها زوجها فيه. ونبه بهذا على قول عباس، وجابر: إنها تعتد حيث شاءت. ودليلنا ما رواه مالك، وأبو داود، والترمذي، وصححه: "أَنَّ الْفُرَيْعَةَ بِنْتَ مَالِكٍ أخت أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ جَاءَتْ إِلَى النبي صلى الله عليه وسلم تَسْأَلُهُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى أَهْلِهَا فِي بَنِي خُدْرَةَ، فَإِنَّ زَوْجَهَا خَرَجَ فِي طَلَبِ أَعْبُدٍ لَهُ أَبَقُوا، حَتَّى إِذَا كَانُوا بِطَرَفِ الْقَدُومِ لَحِقَهُمْ فَقَتَلُوهُ، فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ أَرْجِعَ إِلَى أَهْلِي؛ فإنه لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَسْكَنٍ يَمْلِكُهُ، وَلا نَفَقَةٍ. فَقَالَ لي رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: نَعَمْ. فَخَرَجْتُ، حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْحُجْرَةِ، أَوْ فِي الْمَسْجِدِ، دَعَانِي، أَوْ أَمَرَ بِي، فَدُعِيتُ، فَقَالَ: كَيْفَ قُلْتِ؟ فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ الَّتِي ذَكَرْتُ مِنْ شَأْنِ زَوْجِي، قَالَتْ: فَقَالَ: امْكُثِي فِي بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ". واللفظ لأبي داود[1].

(ص): (ولا تلبَسُ مصبوغًا إلا الأسودَ والأدكنَ والأكحلَ إلا أن لا تَجِدَ غيرَه)

(ش): هكذا وقع كما ترى أن الأدكن داخل في المستثنى، ونحوه في "الجلاب"، فإنه قال: ولا بأس بلباس البياض، والسواد، والدكن، والكحليات. ومذهب "المدونة" خلافه، ففيها: ولا تلبس خزا، ولا ما صبغ من ثياب، أو جباب حرير، أو كتان، أو قطن، أو صوف، وإن كان أخضر، أو أدكن، إلا أن لا تجد غيره، وتكون بموضع لا تجد استبدالا، فإن وجدت بدلا ببيع فليس ذلك لها[2]. اللخمي: وكذلك إذا قدرت على تغيير صبغه بسواد. ولا فرق في المصبوغ الممنوع بين الصوف، والحرير، وغيرهما.

ابن رشد: ولو رجع في أمر اللباس إلى الأحوال لكان حسنا، فرب امرأة يكون شأنها لباس الخز، والحرير، فإذا لبست ثوب كتان أي لون كان فلا يكون زينة لها.

خليل: وعلى هذا فتمتنع الناصعة البياض من السواد؛ فإنه يزينها. وكذلك قال

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٠٤) حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ، لَمْ يَرَوْا لِلْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَنْتَقِلَ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا، حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، وَهُوَ قَوْلُ: سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاقَ، وقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ: لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَعْتَدَّ حَيْثُ شَاءَتْ، وَإِنْ لَمْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا قَالَ أَبُو عِيسَى: وَالْقَوْلُ الأَوَّلُ أَصَحُّ.

وأبو داود، برقم (٢٣٠٠) من حديث الفارعة بنت مالك.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٣، ومنح الجليل: ٩/٢٣.

اللخمي: أرى أن تمنع من الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء، لأنها تزيد في الوضاءة، وتنظر حينئذ لنفسها، ويتشوف لها، وكذلك الرفيع من السواد، ولا أرى أن تمنع الأخضر، والأزرق، والزيتي.

(ص): **(وتَلبَسُ الأبيضَ - ولو إبْرِيسَمًا - وغَليظَ عُصْبِ اليَمَنِ، وأبيضَ الخَزِّ، وأسوَدَهُ)**

(ش): ما ذكره هو المشهور. قال في "المدونة": وتلبس رقيق البياض كله، وغليظه. ومال غير واحد إلى المنع من رقيق البياض[1].

(ص): **(وليس بشرطٍ في العدة)**

(ش): يعني: وليس الإحداد شرطًا في العدة، بل لو تركته أثمت، وحلت بانقضاء العدة[2].

(ص): **(وعلى مَن اشترَى أَمَةً مُعتدةً إبقاؤها في موضع اعْتدادِها، ويجوز إخراجُها نهارًا للبيع، ولا تَتزيَّنُ بما لا تَلبسُه الحَادُّ....)**

(ش): لأن بقاء المعتدة في موضع اعتدادها مأمور به، فإذا احتاج سيدها للبيع جاز له إخراجها نهارًا، كما جاز للحرة أن تخرج لحوائجها طرفي النهار، ولا يتركها تتزين بما لا تتزين به الحاد، وإنما لم يكن للمشترى إخراجها؛ لأنه حل محل البائع.

(ص): **(وللمُعتدةِ المدخولِ بها مطْلَقا مِن وفاةٍ، أو طلاقٍ، أو خُلعٍ، أو فَسخٍ، أو لعانٍ السُّكْنَى)**

(ش): يعني: أن للمدخول بها السكنى في العدة مطلقا، سواء كانت من وفاة، أو طلاق، أو خلع، وعطفه الخلع على الطلاق من باب عطف الخاص على العام، ولأنه قد يتوهم إسقاط السكنى لها لما بذلته، ولينبه على أنه لا فرق في الطلاق بين البائن، وغيره.

والمشهور في المتوفى عنها ما ذكره المصنف، وروى ابن خويزمنداد، عن مالك: سقوط السكنى لها، وقاله ابن القصار؛ لأن ملك الزوج للدار قد زال بموته، وأسقط أحمد بن حنبل السكنى للبائن.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، ولم

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٩/١، المدونة: ٢٢/٢، وتهذيب المدونة: ٤١١/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٣/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٥/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٦/١٣.

يذكر في ذلك شرطا. ثم قال في النفقة: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فشرط وجود الحمل.

وقوله: (أو فسخٍ)، أي: في النكاح الفاسد؛ لأنها محبوسة من أجله؛ ولأن الولد يلحق به كالصحيح[1].

قوله: (أو لِعانٍ) هو المشهور. وقال القاضي إسماعيل: لا سكنى لها. وهو اختيار ابن رشد؛ لانقطاع الزوجية وأسبابها، ولو أتت بولد لم يلحق به[2].

(ص): **(وإنْ نَقَلَها، ثُم طلَّقها، واتُّهِمَ، رجعَتْ للأول)**

(ش): يعني: إذا نقل الرجل زوجته من موضع سكناه المعروف إلى غيره، واتهم على إسقاط حق الله تعالى في السكنى، كما لو طلقها بالقرب، فإنها ترجع إلى المنزل الأول، ولم يكتفوا منه هنا باليمين[3].

فرع

فإن كانت إقامتها في غير منزلها لحق آدمي، مثل أن تكون ظئرًا استؤجرت بشرط أن تكون في دار أبوي الصبي، فمات الزوج عنها، أو طلقها.

التونسي: فاعرف في هذا: أنه تفسخ الإجارة، وترجع إلى بيتها، بخلاف حق الله تعالى من العكوف والإحرام.

(ص): **(وأما غيرُ المدخولِ بها يموتُ زوجُها، فلا سُكنى لها، إلا أن يكون قد أَسْكَنَها، فتكونُ كالمَدخولِ بها....)**

(ش): لأنها إنما تعتد في موضع سكناها؛ إلا أن يكون قد أسكنها فلها السكنى، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة لا يجامع مثلها. قاله في "المدونة"، وقيده أبو بكر بن عبد الرحمن بما إذا كان قد ضم الصغيرة إليه لا ليكفلها، وأما إن أخذها ليكفلها، ثم مات، فليس لها.

ابن يونس: وأظن أن ابن المواز ذكره، وهو بَيِّنٌ فاعلمه.

ابن حارث: واختلفوا في الصغيرة التي لا يدخل بمثلها إذا أسكنها زوجها في حياته، ثم مات، فقال ابن القاسم: هي أحق بالسكنى حتى تنقضي العدة. وقال سحنون:

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٥، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٨.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٦، وحاشية الصاوي: ٦/٣٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٧، وإرشاد السالك: ١/١٢١.

وكيف تكون أولى بالسكنى، وإنما هو متطوع لها بها في حياته[1].

محمد: ولو اكترى لها منزلا فجعلها فيه، ونقد الكراء، أو كان لنفسه فهي أحق به، وإن لم يبن.

اللخمي: وليس هو أصل المذهب؛ إلا أن يكون موته بعد أن صارت إلى ذلك المسكن[2].

(ص): **(ولا سُكنَى للأمَة ما لم تَتَبَوَّأْ بيتًا)**

(ش): يعني: إذا لم تتبوأ بيتًا اعتدت في بيت سيدها، وإن تبوأت فكالحرة. وبالجملة: فأحكامها بعد الموت، أو الطلاق باعتبار السكنى كحالها في حال الزوجية[3]. بعض الأندلسيين: وهو يدل على أن سكنى المعتدة تبع لسكنى العصمة، فيؤخذ منه أن الحرة إذا طاعت لزوجها بالسكنى في دارها دون كراء، ثم طلقها، فطلبت منه كراء أمد العدة أنه لا يلزمه السكنى، وبهذا أفتى أبو عمر بن المكوي، وابن العطار، والأصيلي، وذهب ابن زرب، وابن عتاب إلى أن عليه الكراء، وإليه ذهب اللخمي، وأفتى به المازري، لأن المكارمة قد زالت بالطلاق.

(ص): **(ولو خَرَجَ بها إلى الحَجِّ، فماتَ، أو طلَّقها بائنًا، أو رَجْعيًّا، رجعَتْ في ثلاثةِ أيامٍ، ما لم تَبْعُد، أو تُحْرِمْ....)**

(ش): يعني: ولو سافر الزوج بزوجته، فإما إلى الحج، أو غيره، فإن سافر بها إلى حجة الفريضة، فما قاله المصنف قاله أبو بكر بن عبد الرحمن، وأما غيره: فترجع إن بعدت كالسفر إلى الرباط، ونحوه، وسَوَّى غيرُه بين الفرض والنفل بخلاف الغزو والرباط[4].

عياض: وفرق بين ذلك بفروق ضعيفة، والأول أصوب. وأشار التونسي إلى أنه ينبغي على الثاني أن يلحق بذلك الغزو ونحوه، وما ذكره من: أنها ترجع إذا طلقها، أو مات عنها في الثلاثة الأيام نحوه في "المدونة"، ونص على أن ما قرب من الثلاثة بمنزلتها، وأنها ترجع إن وجدت ثقة. قال: وترجع من ملل، وذي الحليفة من المدينة،

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٣، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٨.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٣، ومنح الجليل: ٩/٢٣.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٦.

وردهن عمر رضي الله عنه من البيداء، ولا يفسخ كراء كريها، ولتُكْرَ الإبلُ في مثل ما اكترت، ولو بعدت كإفريقية من الأندلس، أو المدينة من مصر، تمادت، وأما إذا أحرمت فلتنفد قربت أو بعدت. وملل موضع بينه وبين المدينة ثمانية عشر ميلاً[1].

قوله: إن وجدت ثقة. يريد: محرمًا، أو ناسًا لا بأس بهم. قاله اللخمي، وابن عبد السلام، وغيرهما. وفهم اللخمي من قول مالك: أنها ترجع في اليومين والثلاثة: أن الحج عنده على التراخي، قال: وعلى قوله: إنه على الفور يكون عليها أن تنفد لما خرجت إليه، وإن لم تكن بعدت عن بلدها، وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج[2].

ابن عبد السلام: وفي قوله: لكان عليها أن تخرج. نظر، فإنه حينئذ يكون كواجبين تعارضا؛ لأن مكثها في بيتها فرض، والحج كذلك، فيسلك مسلك الترجيح.

فرعان

الأول: قال أبو عمران: وإذا طلقها، ورجعت، فعليه الكراء في رجوعها؛ لأنها إنما رجعت من أجله، وحبست له، فذلك بمنزلة ما يجب لها من السكنى عليه[3].

الثاني: قال أبو الحسن: قوله: وأما إذا أحرمت فلتنفد، ظاهره أنها أحرمت قبل موت الزوج، ولا إشكال في هذا، وهي غير عاصية، ولو أحرمت بعد موت الزوج نفدت، وهي عاصية، بخلاف المعتكفة فإنها لا تنفد إذا أحرمت بالحج، وتبقى على اعتكافها حتى تتمه، إذ لو قيل: إنها تخرج إلى الحج الذي أحرمت به، لبطل اعتكافها؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد، بخلاف الإحرام فإنه لا يخل بجملة العدة، وإنما يخل بالمبيت[4].

(ص): **(وتَرجِعُ في غيرِ الحَجِّ، إن كان خرج لإقامة الأشهُر، لا للمُقام إذا وجدَت ثقةً، وإنما تُؤمرُ بالرجوعِ إذا بقيَ لها شيء مِن عِدَّتِها بعْد وُصولِها إلى بيتِها بالتقديرِ، وإذا كان السفَرُ للانتقالِ اعْتدَّت في أقربِهما، أو أبعدِهما، أو في مكان الموتِ إن شاءَ، وأَمْكَنَ....)**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٩/١، المدونة: ٢٢/٢، وتهذيب المدونة: ٤١١/١.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٧/٣، والتلقين: ١٣٨/١، وبلغة السالك: ٤٤٨/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٤٨٦/١، وحاشية الصاوي: ٣٢/٦.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١٦٥/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٨/٢.

(ش): يعني: وإن سافر بها في غير الحج فإن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يخرج لا للسكنى، بل ليقيم شهرًا، أو شهورًا، كما لو خرج لرباط، أو زيارة، أو تجارة. والثاني: أن يخرج للإقامة رافضًا لسكناه بمحله. وذكر المصنف: أنها في الوجه الأول ترجع، وأطلق، ونص في "المدونة" على: أنها ترجع ولو وصلت إلى المكان الذي خرجت إليه الأشهر، أو السنة، فذكر التونسي، وغيره قولين: أحدهما: أنها ترجع، وهو ظاهر "المدونة". والثاني: أنها لا ترجع، وهو قول مالك في "الموازية". ابن عبد الحكم: والأول أحسن. وقال اللخمي: الثاني أحسن[١].

وقوله: (وإنَّما تُؤمَرُ بالرُّجوعِ إليه.... إلخ)، يعني: وحيث أمرناها، إنما ذلك حيث يكون لرجوعها فائدة بأن تعتد في منزلها، وأما إن كانت لو رجعت لا تدرك منزلها إلا بعد فراغ العدة، فلا ترجع لعدم الفائدة حينئذ في الرجوع. وظاهر كلامه: إذا بقى من العدة شيء أنها ترجع، ولو أدركت يومًا واحدًا، وهو ظاهر "المدونة"، لكن قيد ذلك اللخمي بأن تدرك ما له قدر، وقال: وإن لم يبق من العدة إلا ما لا قدر له لم ترجع، وتعتد في موضعها إن كانت في مستعتب، أو تنتقل إلى أقرب المواضع إليها، وإن كانت في غير مستعتب، ولا مستعتب دون الموضع الذي خرجت إليه، فيكون لها أن تبلغه، وإن كان انقضاء العدة قبله، ولا إشكال في التقدير في ذات الأشهر، وأما ذات الحيض فالتقدير في حقها بما عرفته من عادتها. ثم أخذ المصنف يتكلم على القسم الآخر، وهو ما إذا كان خروجه للانتقال، فقال: (وإن كان السفر للانتقال.... إلخ)، والضمير في (أقربهما، أو أبعدهما) عائد على المكان الذي خرجت منه، والذي خرجت إليه. وحاصل كلامه: أنها تخير في أحد ثلاثة أمور: أن ترجع إلى المكان الأول، أو تذهب إلى المكان الذي خرجت إليه، أو تقيم بالمكان الذي مات فيه زوجها[٢].

قوله: (وأَمْكَنَ) الظاهر عوده على الثلاثة، ويحتمل من جهة اللفظ أن يعود إلى قوله: (أو في مكان الموت)، وما ذكره من التخيير في الثلاثة نحوه في "المدونة"، وعلل ذلك فيها بأنه مات ولا قرار لها لرفض قراره، ولم تصل بعد إلى قراره، ونص فيها على

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٧/٦، وإرشاد السالك: ١٢١/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٣/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٨/١.

أن المطلقة طلاقًا بائنًا، أو رجعيًا كذلك[١].

اللخمي: ولها أن تعتد في موضع الموت، وإن مات في مستعتب، أو تنتقل إلى غيره إذا كان مأمونا، ولا تبعد؛ لأنها وإن كانت لا تتعين عليها العدة في مسكن، فلا يسقط خطابها بما تخاطب به المعتدة من الحفظ، وأن لا تبيت عن المسكن الذي تبيت فيه، وإذا كان كذلك لم يكن لها أن تجعل عدتها في أسفار ومناهل وقفار، وإن مات الزوج بعد وصوله إلى البلد الذي أراد سكناه، ثم مات قبل أن يتخذ لها مسكنا كالزوجة التي لا مسكن لها، وكانت بالخيار بين أن تعتد في الذي مات فيه، أو بغير ذلك من تلك المدينة، أو غيرها إذا كانت قريبا، ولو اكترى منزلا، فلم ينتقل إليه حتى مات، كانت بالخيار أيضا حسبما تقدم لو لم يكثر، فإن انتقل إليه تعين عليها فيه العدة[٢]. انتهى.

وقول اللخمي: لم يكن لها أن تجعل عدتها في قفار.... إلخ. ظاهر، ويلزم عليه أن لا تكون مخيرة في أن تذهب إلى أبعد المكان، بل يلزمها أن تذهب إلى الأقرب. وفي قوله: إن لها إذا وصل بها إلى البلد الذي أراد سكناه، ولم يتخذ لها به مسكنًا أن تخرج من تلك المدينة. نظر، وقاله ابن عبد السلام.

(ص): **(وتَنتقلُ الأمةُ مع سادَاتِها)**

(ش): نحوه في "المدونة". وسواء كانت معتدة من طلاق، أو وفاة[٣].

حمديس:: وهو خلاف ما وقع في "المدونة": أنه لا يجوز بيعها إلا ممن لا يخرجها في العدة، وإذا لم يجز لمشتريها ذلك فبائعها أولى، ونص ابن القاسم في "الموازية" على أنها إن تبوأت مع زوجها بيتًا فليس لسادتها الانتقال بها. وجمع غير واحد بين مسألتي "المدونة" على ما في "الموازية"، فالتي لا تباع إلا ممن لا ينقلها هي التي تبوأت، والتي تنتقل مع سادتها هي التي لم تتبوأ، وإليه أشار أبو عمران بقوله: إن ما في "الموازية" لا خلاف فيه. وأجاب ابن يونس عن معارضة حمديس، وقال: لا يلزم هذا ابن القاسم؛ لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج، وليس هو بمضطر في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها، لأن المشترين كثير، ولو

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٣، ومنح الجليل: ٩/٢٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٦.

اضطر بعد شرائه إلى الخروج لأمر حدث لجاز له أن يخرجها كسيدها[١].

(ص): (**ولِلْبَدَوِيَّةِ الرحيلُ مع أهلِها، لا مع أهلِ زوجِها**)

(**ش**): نحوه في "المدونة"، واحترز من الحضرية؛ فإنها لا تنتوي، ولو انتوى أهلها. قال في "المدونة": ولا تنتوي. ونص يحيى بن عمر على أن نساء أهل الخصوص يعتددن في البيوت التي كُنَّ فيها قبل الطلاق والوفاة. وعلى هذا فالمراد هنا بالبدوية: ساكنة العمود، وهكذا فسره الباجي[٢].

ابن عبد السلام: وقال اللخمي، وعياض، وابن راشد: المراد: ساكنة الخصوص، والعمود.

خليل: وكلام الباجي أصح؛ لأن لأهل الخصوص تلزمهم إقامة الجمعة على الأصح، فدل على أنهم في حكم الحاضرين. وما ذكره المصنف من أنها تنتقل مع أهلها، لا مع أهل زوجها، إنما ذلك إذا كان لها أهل، ولزوجها أهل، وأما إن لم يكن لها أهل فإنها تعتد حيث كانت مع أهل زوجها، وترحل معهم.

تنبيهان

الأول: قوله: (تنتوي)، أي: ترحل وتبعد، من النوى: وهو البعد، وهو يدل على ما أشار إليه بعض الشيوخ: إنما يكون لها أن تنتوي مع أهلها إذا كان رحيلهم لغير القرب لانقطاعهم عنها وانقطاعها عنهم، وأما إذا كان على قرب بحيث لا تنقطع عنهم، وترجع إليهم عند تمام عدتها، فتقيم مع أهل زوجها.

الثاني: قوله: (**لا مع أهلِ زوجِها**).

ابن عبد السلام: إن كان المراد: أن الحكم بذلك رخصة، وأن الأصل كان: أن تنتوي مع أهل زوجها؛ لولا ما عارضه من مشقة الرجوع إلى أهلها عند انقضاء عدتها، فظاهر، وإن كان المراد: أن هذا هو الأصل عند مالك، وأنها لو ارتكبت تلك المشقة، وارتحلت مع أهل زوجها لما كان لها ذلك، فلا يتبين وجهه. وعلى الاحتمال الأول فهمها الشيوخ[٣].

(ص): (**ولها مُفارَقةُ المَسكنِ بعُذْرٍ لا يُمْكنُها المُقامُ معه، لخوفِ سقوطٍ، أو**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٩، المدونة: ٢/٢٢، وتهذيب المدونة: ١/٤١١.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٧، والتلقين: ١/١٣٨، وبلغة السالك: ٢/٤٤٨.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٥، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٨.

لُصُوصٍ، ثُم تَلزَم الثانيَ، والثالثَ كذلك....)

(ش): يعني: أنه يجب على المعتدة الاعتداد في البيت الذي هي فيه في الطلاق والوفاة؛ إلا أن لا يمكنها المقام لعذر، فلها حينئذ مفارقته، وذلك إما لخوف سقوط الدار، أو خوف **لصوص**(١).

اللخمي: أو خوف جار سوء على نفسها، أو وجدت وحشة لانتقال من حولها، أو خشية الانتقال من جيرانها. قال في "المدونة": وإن كانت في مدينة فلا تنتقل لضرر جوار، ولترفع ذلك إلى السلطان.

اللخمي: وإن حصل الشر بينها وبين من تسكن معهم، وكان الشر منها ارتحلت عنهم، وفي مثل هذا جاء الحديث في فاطمة بنت قيس، وإن كان الشر من غيرها أخرجوا عنها، وإن أشكل أقرع أيهم يخرج، ثم إن انتقلت إلى موضع لمانع صار الموضع الثاني في لزوم السكنى كالأول، ثم إن حصل مانع في هذا الثاني فكالأول، وهذا معنى قوله: **(ثم تلزم الثانيَ، والثالثَ كذلك)**.

ابن عبد السلام: كالحالف أن لا يرتحل من موضعه إلى انقضاء سنة مثلا، فعرض له مانع من سكناه. بل مسألة العدة جعلوها أصلا لمسألة اليمين.

(ص): **(وإذا انتقلَتْ لغيرِ عُذْرٍ رُدَّتْ بالقَضَاء)**

(ش): سواء أذن لها المطلق أم لا؛ لأن بقاءها في بيتها حق لله تعالى.

(ص): **(ولا كِراءَ لها فيما أقامَت في غيرِه)**

(ش): نحوه في "المدونة"، ومعناه أن المعتدة إذا خرجت من موضع اعتدادها، وسكنت غيره هروبا منه، فردها القاضي إلى الأول، أو لم يردها، وطلبت كراء البيت الذي هربت إليه، فلا كراء لها؛ لأنها تركت ما كان واجبًا لها، فلا يلزم غيرها عن ذلك عوض(٢).

وأقاموا من هذه المسألة مسألتين:

الأولى: إذا كان له ولد، فهربت به إلى موضع لا يعلمه، ثم أتت بعد ذلك تطلب ما أنفقت عليه، أنه لاشيء لها.

الثانية: أقام منها ابن الشقاق: أنه لا نفقة للناشزة مدة نشوزها، ولا رجوع لها

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٣، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٨.

بذلك، خلاف ما لمالك في "الموازية"، وفرق بينهما بوجهين:

أولهما: لابن رشد: أن الكراء تعين لها في ذلك المسكن، لا في ذمة الزوج، بمنزلة ما لو دفع النفقة، فأتلفتها[1]. ونحوه لأبي بكر بن عبد الرحمن.

ثانيهما: لأبي عمران: أن البقاء في المنزل حق لله؛ فشدد عليها فيه حتى لا تسقطه، بخلاف بقائها مع الزوج فإنه حق له. وظاهر "المدونة" وقول المصنف: (لا كراء لها فيما أقامت في غيره): أنه لا فرق في ذلك بين أن يكري المنزل الذي هربت منه، أو يتركه خاليًا. وقال اللخمي: إن خرجت لغير عذر، فطلبت كراء المنزل الذي انتقلت إليه، لم يكن لها ذلك إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج، أو اكتراه وحبسه، ولم يكره بعد خروجها، وإن أكراه رجعت بالأقل مما اكترت أو أكرى.

(ص): (وتَخرُجُ في حوائجِها نهارًا، وطَرَفَي اللَّيلِ)

(ش): يعني: أن السكنى التي تلزم المعتدة هي أن تلزم مسكنها بالليل، وأما النهار فلا بأس أن تتصرف فيه، وكذلك في طرفي الليل. قال في "المدونة": ولها التصرف نهارها، والخروج سحرًا قرب الفجر، وترجع فيما بينها وبين العشاء الآخر. وهذا هو مراد المصنف بـ (طرفي الليل)[2].

ابن عبد السلام: قال بعضهم: ويدخله قول ابن القاسم: إن لها الرجوع إلى ثلث الليل. ورواية مطرف، وقول محمد: إلا قدر هدوء الناس. قال: ويدخله قولٌ: إلى نصف الليل، دليله ما في (كتاب الحج)؛ لأنه قال: لا دم على من بات في ليالي منى بغير منى؛ إلا ليلة كاملة أو جلها. واختار اللخمي أن تؤخر الخروج لطلوع الشمس، وترجع لغروبها، قال: وهذا في بعض الأوقات، أو عند الحاجة، وليس لها أن تجعل هذا عادة تكون سائر النهار في غير الموضع الذي تعتد فيه. مالك: ولا أحب أن تكون عند أمها النهار كله[3].

فرع

وتسكن في البيت على حسب ما تسكن فيه مع زوجها، وإن كان في الدار بيوتٌ كثيرةٌ، وكانت تسكن بيتًا منها، وفيه كان متاعها، فقال مالك: لا تبيت إلا فيه في بيتها،

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣٣/٦، ومنح الجليل: ٢٣/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٣/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٥/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٦/١٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٩/١، المدونة: ٢٢/٢، وتهذيب المدونة: ٤١١/١.

أو أسطوانها، أو حجرتها التي كانت تتصرف فيها، أو تتقيظ[١].

ابن القاسم: ومعنى ذلك: أن جميع المسكن الذي كانت فيه تبيت فيه حيث شاءت.

ولم يرد: أنها لا تبيت إلا في الذي كان فيه متاعها. وقال بعض القرويين: معنى ذلك: أن تبيت في كل ما لو سرقت منه من دار زوجها لم تقطع[٢].

عياض: وفيه نظر. قال في "المدونة": وإن كان في الدار مقاصير فلا تبيت إلا في مقصورتها.

الباجي، وغيره: يريد: أن تلك المقاصير لغيرها. وذهب الأبهري، وابن القصار إلى: أنها لا تبيت إلا حيث كانت تبيت. عياض: وهو استحسان. ولعل كلامه في الكتاب على هذا، واختلف لفظه على المستحب.

(ص): **(والمُعتدَّةُ أحقُّ مِن الوَرَثةِ والغُرَماءِ بالمَسكَنِ المَمْلوكِ له، والمَنْقُودِ كِرَاؤُهُ)**

(ش): لما قدم أن للمعتدة السكنى في الطلاق والوفاة، أخذ يذكر المحل التي تكون فيه أحق في الوفاة، ولا شك في عدة الطلاق أن عليه ألا يخرجها من المنزل، وأما في الوفاة: ففي "المدونة"، وغيرها كما قال المصنف: إنها (أحق من الورثة والغرماء بالمسكن المملوك لزوجها أو المنقود كراؤه). وإنما ألحق المنقود كراؤه بالمملوك؛ لأنه إذا نقد كراؤه صار يملك السكنى فيه. وقيد أبو عمران المنقود كراؤه بما إذا انتقلت إليه، وأما إذا لم تنتقل إليه فلا شيء لها[٣].

ابن زرقون: وروى ابن دينار، عن ابن القاسم في "المدونة": إن كان المنزل له فلها السكنى، وإن كان بكراء فلا سكنى لها. وحكى ابن خويزمنداد، عن مالك: أنه لا سكنى لها وإن كان المنزل له، فإن نقد بعض الكراء كانت أحق بمقدار ما نقد، وحكمها في الباقي حكمها فيما لم ينقد[٤].

(ص): **(فإنْ كانَ مُكترَى غيرَ مَنْقُودٍ ففيها: لم تَكُنْ أحَقَّ فَتَخْرُجَ، إلا أنْ يَكْرِيهَا الوَرَثَةُ كِراءَ مِثْلَه. ورُوِيَ: أنَّها أحقُّ بالمُدَّةِ المُعَيَّنةِ. واختارَه عبْدُ الحَقِّ، وحَمَلَ "المدونة"**

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٧، والتلقين: ١/١٣٨، وبلغة السالك: ٢/٤٤٨.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٥، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٨.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٦، وحاشية الصاوي: ٦/٣٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٧، وإرشاد السالك: ١/١٢١.

على غيرِ المُعَيَّنةِ....)

(**ش**): يريد: فظاهر "المدونة" أنها ليست أحق، ولو كان فيها التصريح بما قاله المصنف لم يحسن خلاف الشيوخ في معناها، ولفظها: وإن كانت الدار بكراء، ولم ينقد الزوج الكراء، وهو موسر، فلا سكنى لها في ماله، وتؤدي الكراء من مالها، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار، أو يطلب من الكراء ما لا يشبه، فظاهر قوله: ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها: أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة، أو وجيبة، أي: مدة معينة، وعلى هذا الظاهر حمله الباجي، وغيره، واحتجوا بأن المسألة وقعت لمالك كذلك في "الموازية". وذكر في النكت، عن بعض القرويين: أنه حمل "المدونة" على المشاهرة، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى سواء نقد أم لا، واحتج لذلك بقوله في "المدونة": إلا أن يطلب منها صاحب المنزل ما لا يشبه، فإن ذلك يدل **على** أنه لم يكن الكراء لسنة بعينها، لأنه لو أكرى لسنة بعينها لكان الكراء قد لزم بما تعاقداه، وليس لرب المسكن أن يطلب غيره. واحتج لذلك أيضا في "تهذيب الطالب"، فإن أبا قرة روى ذلك، عن مالك، أي: إنها تكون أحق في الوجيبة مطلقا. وحمل الأولان قول مالك: إلا أن يطلب صاحب المسكن ما لا يشبه[1]. **على** أن مدة الكراء قد انقضت.

تنبيه

قول المصنف: (إلا أن يكريها الورثة) ليس في "المدونة"، وانتهى ما حكاه المصنف عنها عند قوله: (لم تكن أحق). وقوله: (فتَخرُجَ.... إلخ)، هو مفرع عليها.

الباجي: وإن رضي الورثة في مدة الكراء، أو أهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء، ويقروها **على** السكنى لم يكن لها الخروج. قال في "المدونة": إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج، ولرب الدار إخراجها. وقيده عياض بما إذا كان إخراجهم لحاجة لهم بالدار، من سكنى، أو بناء، وشبهه، قال: هكذا فسره ابن كنانة في "المدونة"، و"المبسوط"، قال: وليس لرب الدار إخراجها إلا لعذر مجحف مخافة على داره إن تركت فيها، وليس لهم أن يتزايدوا عليها في الكراء، والسكنى لها بالكراء الذي كان يتكاراه زوجها، ومعنى ذلك عندي: أن يكون ذلك من قبل أنفسهم،

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

وأما لو جاء من يكتريها بأكثر فلهم إخراجها؛ إلا أن تلزم الزيادة هي أو الزوج، ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء مثلها: أنه لازم للزوج في الطلاق، ولها في الوفاة[1].

(ص): **(وليس للزوج بَيْعُ الدارِ؛ إلا في ذاتِ الأشهُر، وفي المتوقَّعِ حيضُها إذا اشترطَه قولانِ)**

(ش): نحوه في "الجواهر"، وعلل ذلك بأن تأخير القرء والحمل غير معلوم بخلاف الأشهر، وكذلك قرره ابن راشد. والمراد بذات الأشهر: الصغيرة، واليائسة، وأما المتوفى عنها فستأتي. وإنما جاز هنا لأنه بمنزلة من باع داره واستثنى منفعتها ثلاثة أشهر. والقولان في المتوقع حيضها مبنيان على اعتبار الحال، أو الطوارئ، فمن نظر إلى الحال أجاز، ومن راعى الطوارئ منع[2].

وقوله: (وفي المتوقَّع حيضُها)، أي: كبنت ثلاثة عشر، وخمسين.

(ص): **(والحُكم في المُتوفَّى عنها الجَوَازُ، وقال ابنُ عبد الحَكَمِ: فاسدٌ لِجَوَازِ الرِّيبةِ)**

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (وقال محمد: فاسد لجواز الريبة)، فيكون المراد: محمد بن عبد الحكم؛ لأن هذا القول إنما هو معلوم له، لا لمحمد بن المواز[3].

وقوله: (والحُكم في المتوفَّى عنها الجَوازُ)، أي: لأن عدتها بالأشهر. وفسر على قول محمد بن عبد الحكم للتعليل الذي ذكره المصنف، وهو أنها قد ترتاب فتطول عدتها، وهذه المسألة ذكرها في "المدونة" في (كتاب العدة)، و(كتاب بيع الغرر)، وفرضها في بيع الغرماء دار الميت لدين عليه، وفرضها الباجي في بيع دار الورثة[4].

ابن عبد السلام: وهو ظاهر كلام المصنف. واعترض بعضهم كلام الباجي لما يوهمه من إجازة بيعهم إياها اختيارًا، فقال: إنما أجاز ابن القاسم هذا البيع إذا بيعت للغرماء، وأما إذا أراد الورثة البيع في غير دين فلم ينص عليه ابن القاسم. قال: وعندي:

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٣/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٨/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١٥٩/١، المدونة: ٢٢/٢، وتهذيب المدونة: ٤١١/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣٣/٦، ومنح الجليل: ٢٣/٩.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٣/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٥/١٠، وشرح الخرشي: ٢٢٦/١٣.

أنه غير جائز.

خليل: وفي كلام ابن عبد السلام نظر، وذلك أنه إنما قال هذا الكلام لما تكلم على قول المصنف: (وليس للزوج بيع الدار)، فيوهم أن كلامه في "المدونة"، وقول ابن عبد الحكم في المعتدة بالأشهر، وكلامه في "المدونة". وقول ابن عبد الحكم، وكلام الباجي إنما هو في المتوفى عنها.

(ص): **(ثم إذا بَيعتْ، وارْتابَت، فقال مالك: هي أحقُّ بالمُقام، وأحبُّ إلينا أن يكون للمشتري الخيار....)**

(ش): يعني: وإذا فرعنا على المشهور من جواز البيع في المتوفى عنها، فارتابت، فقال مالك في "الموازية": هي أحق المقام؛ أي: إلى منتهى العدة؛ لأن ذلك القدر ملك لها، لا يجوز لها ولا لأحد إسقاطه، وللمشتري الخيار للضرر الداخل عليه لو ألزم بالبيع. وقال ابن القاسم في "العتبية": لا خيار للمشتري. وقال سحنون: لأنه كالذي دخل عليه. ولهذا لم يجزم مالك بالخيار فيما حكاه المصنف عنه، بل قال: (وأحب). وذكره الباجي على أنه من لفظه في "المدونة"، وعن سحنون أيضا: أن الخيار للمشتري[1].

(ص): **(والبَيعُ بشرطِ زوالِ الرِّيبةِ فاسدٌ، خِلافا لِسَحنونٍ)**

(ش): يعني: والبيع بشرط المشتري على البائع: أن لا تكون له ريبة، أو تكون وتزول في زمن العدة، وإن استمرت فلا بيع بيننا، فاسدٌ، وهكذا في "الواضحة"، وهو اختيار ابن المواز، ولعل سحنونا قاس ذلك على اشتراط ري الأرض، فإنه جائز إذا لم ينقد الثمن، والفرق أن الضرورة ملجئة في بيع الأرض، كذلك بخلاف الدار. وزاد الباجي، وغيره في قول سحنون: ولا حجة للمشتري ولو تمادت الريبة إلى خمس سنين. وروى نحوه أبو زيد، عن ابن القاسم في "العتبية"[2].

الباجي: وهو عندي على قول من يرى للمبتاع الخيار في الفرع الذي قبل هذا، وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط. واعترض التونسي قول ابن المواز هنا: إن البيع فاسد. ورآه مخالفًا لقوله: بالخيار إذا بيعت الدار، واستثنى مقدار العدة، ثم حصلت الريبة.

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٧/٣، والتلقين: ١٣٨/١، وبلغة السالك: ٤٤٨/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٥/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٨/٢.

قال: لأنه إذا ملك الخيار في الأخذ أو الترك كان أخذه على أن يسكن بالمرأة إلى انقضاء ريبتها، كابتداء الشرط على ذلك؛ إلا أن يكون هذا القول على أحد التأويلين فيمن خير بين شيئين فاختار أحدهما، كمن أمر أن يبيع سلعة بعشرة نقدًا، فباعها بعشرين إلى أجل، فأجاز ذلك رب السلعة بعد فواتها[١].

ابن عبد السلام: ولا كبير اعتراض فيه إذا تأملته. وقال صاحب " البيان": لا أدري ما معنى قول التونسي: إن ذلك يتخرج على أحد التأويلين؛ إذ لا اختلاف فيها أحفظه، كما أنه لا اختلاف في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعته بعشرة نقدًا أو بخمسة عشر إلى أجل، على أن البيع لازم له بأحد الثمنين، وإنما يتخرج جواز ذلك على القول بأن من اشترى سلعًا، فاستحق منها جلها على العدد، فله أن يتماسك بما بقى بما ينوبه من الثمن، وإن كان مجهولا لا يعرف إلا بعد التقويم. ويحتمل أن يكون معنى قول محمد: يخير بين أن يرد البيع، أو يتماسك به على أنه بالخيار في الرد ما لم تنقض الريبة، لا على أنه يتماسك به على أن البيع لازم له طالت الريبة أم قصرت. وهذا أولى ما حمل عليه قول محمد. انتهى.

ابن عبد السلام: وخرج بعضهم من إجازة بيع هذه الدار لغرماء الميت: أن من ترك حاملا وعليه دين، أن عقاره يباع في دينه. وخالف فيه ابن أيمن، وقال: لا يباع حتى تضع الحمل. واختلف إذا أوصى بوصية، وثم حمل، هل يعطى الموصى له الوصية، أو حتى تضع؟ واختلف أيضا في المرأة إذا كانت حاملا، وطلبت ثمنها عاجلا[٢].

عياض: ولو اشترط أقصى ما تمسك النساء للريبة لم يجز النقد. ثم إن ذهبت الريبة بعد هذا الشرط قبل الأجل، كانت الدار بقية الأجل للورثة، ولو كان العقد على أن تزول الريبة، قربت أو بعدت، لم يجز على كل قول للغرر، وجهالة وقت قبض الدار.

(ص): **(ويُبْدِلُها الزَّوْجُ في المُنْهَدِمِ، والمُعارِ، والمُسْتَأْجَرِ إذا انتهَتِ المُدَّةُ)**

(ش): يعني: أن المعتدة في الطلاق، لا في الوفاة، إذا اعتدت في ملك في منزل، سواء كان له، أو لغيره، فانهدم، أو اعتدت في منزل معار له، أو مستأجر، فانتهت مدة

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٦/١، وحاشية الصاوي: ٣٢/٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٧/٦، وإرشاد السالك: ١٢١/١.

الإعارة، أو الإجارة، فإن الزوج يبدلها غيره. اللخمي: ولا خلاف أن العدة لا توجب على المكري، والمعير إذا ضربا الأجل مدة سوى العدة التي ملكها الزوج، وكذلك إذا لم يضربا أجلا، ولا يلزم المكري، والمعير ما لم يعقده على نفسه. وقال ابن القاسم في "المستخرجة " في رجل أسكن أخاه منزلا، وطلق المُسكَّنُ زوجته، وقال لها صاحب المسكن: اخرجي، إنما أسكنت أخي. فقال: لا تخرج حتى تنقضي العدة. يريد: أن الأخوين يتهمان أن يكونا قصدا إخراج الزوجة خاصة، ليس أن ينتزع العارية من أخيه[1].

(ص): (فإنْ اختلَفَا في مكانَينِ ولا ضَرَرَ أُجِيبَت المَرْأَةُ)

(ش): نحوه في "المدونة"، قال: إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء، أو سكنى، فتمنع، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت. ومعنى ضرر السكنى: أن تكون في جوار قوم غير مأمونين، أو تسكن بالبعد منه، ونحو ذلك؛ قاله ابن يونس.

اللخمي: والقول قولها إذا دعت إلى موضع مأمون، وكان كراؤه أزيد، وتحملت الزيادة[2].

وقوله: فإن أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت:

ابن يونس: يريد: بحيث يعلم أنها معتدة، ويبلغه خبرها.

(ص): (وامرأةُ الأميرِ المُعتدَّةُ لا يُخرِجُها القادِمُ فيها)

(ش): يعني: إذا طلق الأمير امرأته، وهي في دار الإمارة، فعزل، أو مات عنها، وقدم آخر قبل انقضاء العدة، فليس له إخراج زوجة الأمير السابق حتى تتم عدتها، ولم يجعلوا ما يستحقه الأمير من السكنى كالأجرة حقيقة، فإنهم لو جعلوها كذلك لما استحقت ما زاد على قدر الولاية، وفي معنى زوجةِ الأميرِ زوجةُ القاضي إذا كان ساكنًا في موضع القضاء[3].

(ص): (وفي الحَبْسِ حَيَاتَهُ تَسْكُنُ عِدَّتَها، ولو خَمْسَ سنينَ لأنها مِن أسبابِ المَيِّتِ)

(ش): قوله: (وفي الحبسِ حياتَه)، أي: العمرى. وقوله: (تَسكنُ عدتَها)، أي: سواء

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٣، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٨.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٣، ومنح الجليل: ٩/٢٣.

كانت عدة طلاق أو وفاة. اللخمي: وقولهم في الطلاق ظاهر؛ لأن حق المحبس عليه قائم لوجود حياته، وأما المتوفى عنها فاستحسان، لأن الأجل الذي أعطاه هو حياة المحبس عليه، وقد انقضى كالكراء إذا انقضى أجله؛ إلا أن تكون هنا عادة. وقول المصنف: (ولو خَمسَ سِنينَ)، هكذا قال محمد.

اللخمي: وفيه ضرر على المحبس لأنه لم يرد هذا، ودار الإمارة الأمر فيها أوسع؛ لأنها ليست لأحد.

(ص): (**بخلافِ سِنينَ معلومةٍ**)

(ش): يعني: فليس لها أن تزيد عليها. وهو ظاهر[1].

(ص): (**وكذلك حَبْسُ مَسجدٍ بيَدِهِ، وقال ابن العطار: ليس حَبْسُ مَسجدٍ بيدِهِ كالمُحَبَّسِ عليه....**)

(ش): يعني: فليس للإمام الجديد أن يخرجها في مدة العدة. وهكذا قال ابن شبلون. وذكر ابن عات: أنه الذي جرى عليه العمل بقرطبة، ولكن أكثر الشيوخ كعبد الحق، والباجي، وابن زرقون، وابن رشد، وغيرهم يقتصرون على ما قاله ابن العطار، ويفرقون بينه وبين مسألة الأمير، فمنهم من فرق بأن سكنى الإمام على معنى الإجارة بخلاف الإمارة، وإلى هذا ذهب عبد الحق، والباجي، وغيرهما، ومنهم من قال: لأن أجرة الإمام مكروهة. وإليه ذهب ابن المناصف، ومنهم من قال: لأن امرأة الأمير لها حق في بيت المال، ودار الإمارة من بيت المال، **بخلاف** دار المسجد. وإليه ذهب ابن رشد. وقال ابن زرقون: الذي قاله ابن العطار مقصور على ما إذا كانت الدار حبسًا على المسجد حبسًا مطلقًا، وأما إن حبست على أئمة المساجد فإن الإمام إذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة، كما في دار الإمارة[2].

خليل: وإنما يقصد الناس في زماننا هذا في أئمة المساجد الإجارة، فيقوى قول ابن العطار. ولعل القول الأول مبني على الغالب من عادتهم في الزمان المتقدم من الاحتساب في ذلك.

(ص): (**ولأمِّ الوَلَدِ - تُعْتَقُ، أو يموتُ عنها - السُّكْنَى**)

(ش): هذا مذهب "المدونة". وقوله: (السكنى)، أي: مدة استبرائها بالحيضة؛ لأنها

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٩، المدونة: ٢/٢٢، وتهذيب المدونة: ١/٤١١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٦.

في حقها كالعدة. وكذلك إن قلنا: هي استبراء محض؛ لأنها محبوسة بسببه. وقال في "الموازية": لا سكنى لأم الولد، ولا عليها. وروى أشهب: ذلك لها، وعليها من غير إيجاب. وقال ابن القاسم: إن كانت حاملا فلها السكنى إن أعتقها، وإن لم تكن حاملا فلا سكنى لها. هكذا حكى اللخمي، وحكى غيره قولا آخرا: بأن السكنى حق لها إن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته. قال: وقيل: تركها مكروه.

(ص): **(ولها في العِتقِ نفقةُ الحَمْلِ والسُّكْنَى)**

(ش): لو سكت عن قوله: (والسكنى) لكان أحسن؛ لأنه قد قدمه، وكأن لها النفقة لأجل الحمل[١].

وفهم من قوله: (ولها في العتق نفقة الحمل): أنه ليس لها ذلك في الموت، وكذلك نص عليه ابن القاسم، وأشهب، وأصبغ؛ لأن الحمل وارث، فلم تكن له نفقة، كما لو توفي عن الزوجة حاملا. ابن عبد السلام: وحمل بعضهم على "المدونة" قولين في وجوب النفقة لها في الوفاة إذا كانت حاملا. فقال ابن القاسم: لها النفقة. وقال غيره، وهو عبد الملك: لا نفقة لها. وليس في لفظ " التهذيب " عندي ما يقتضي أن ابن القاسم يقول بوجوب النفقة لها، فتأمله فيه[٢]. وقال ابن محرز: إذا كانت قد ولدت قبل ذلك من سيدها رجوت أن لا يختلف ابن القاسم، وعبد الملك في أن لا نفقة لها.

(ص): **(وللمُرتدَّةِ نفقةُ الحَمْلِ، والسُّكْنَى)**

(ش): قال في "التهذيب": وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى ما دامت حاملا، فإن لم تكن حاملا لم تؤخر واستتيبت، فإما أن تقتل، أو ترجع إلى الإسلام، فيكون ذلك طلقة بائنة، ويكون لها السكنى. وقال ابن اللباد: ليس لها السكنى إن لم تتب؛ لأنها تسجن حتى تضع. فغير البرادعي لفظها لما يعتقده من معناها، ولفظه في "الأمهات": قلت أرأيت المرتدة أيكون لها النفقة والسكنى إن كانت حاملا ما دامت حاملا. قال: نعم؛ لأن الولد يلحق بأبيه، فمن هناك لزمته النفقة. فقال بعضهم: إنما وقع ذكر السكنى في السؤال لا في الجواب، وإنما أجاب عن النفقة فقط، ألا ترى إلى تعليله بلحوق الولد، ولم يجب عن السكنى؛ إذ هي محبوسة على ما قاله ابن اللباد. واختصرها المختصرون على أن النفقة والسكنى لها، لقوله: نعم. في أول الجواب بعد السؤال

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٧/٣، والتلقين: ١٣٨/١، وبلغة السالك: ٤٤٨/٢.
(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٥/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٨/٢.

عنها. وقيل: معنى هذه السكنى أنه غفل عن سجنها. عياض: وقد يقال ذلك إذا كان الموضع الذي يعتقل فيه يطلب عندهم كراؤه.

فرع

اللخمي: إذا قال الزوج: حاضت قبل الردة، ولم أصبها. استتيبت، فإن تابت، وإلا قتلت[1].

وإن قال الزوج: لم تحض بعد أن أصبتها. وأشكل أمرها، هل هي حامل أم لا كان من حق الزوج أن تؤخر حتى تحيض، أو تمر لها ثلاثة أشهر من يوم أصاب، فإن لم يظهر حمل قتلت، وهذا لحق الزوج في الماء، فإن أسقط حقه في ذلك، ولم يمض للإصابة أربعون يومًا لم تؤخر؛ لأن الماء حينئذ لم يخلق منه ولد، وإن مضى له أربعون يومًا لم يعجل بقتلها؛ لإمكان أن يكون الولد قد صار علقة، فلا يجوز قتلها حينئذ، كما لا يجوز للأم أن تشرب ما تسقطه به. ولو زنت ولا زوج لها رجمت إن لم تمض لها أربعون يومًا ولا تؤخر، فإن مضت لها أربعون يومًا أخرت حتى يظهر أمرها، وإن أخرت الزوجة حتى ينظر هل هي حامل لم يكن على الزوج في ذلك نفقة عند ابن القاسم؛ لأن ارتدادها طلقة بائنة، ولا عند أشهب، وعبد الملك، وإن كانا يريان أن الطلاق مترقب، فإن أسلمت كانت على الزوجية من غير طلاق؛ لأنها فعلت فعلا منعت به نفسها، فإن تبين حمل أنفق في المستقبل، وأتبعته بالماضي، وتبيت في بيتها على القول بأن الارتداد طلاق، ويتحفظ بها فيه، وعلى القول: إنه فسخ، أو مترقب: فإن رجعت إلى الإسلام كانت على الزوجية، فيستحب نقلها إلى موضع تعتد فيه[2].

(ص): **(وكذلك كُلُّ مَن تُحبَسُ بسببه في السكنى، ونفقةُ الحملِ كفسخِ النكاحِ لإسلامِ أحدِهما بعدَ البناءِ، وكمَن نَكَحَ مَحْرَمًا، ولم يَعْلَمْ وبَنَى....)**

(ش): هكذا في "المدونة": أن كل امرأة حبست بسبب شخص في عدة أو استبراء لها السكنى، وإن حصل حمل كانت لها نفقته.

وليس ما قاله في النفقة على إطلاقه، فإن حمل الأمة من حر أو عبد، وحمل الحرة أو الأمة من عبد لا نفقة له، وكذلك حمل الملاعنة، وضابطه كل حمل لو وضعته وجبت نفقته على أبيه فلها عليه النفقة وإلا فلا. وذكر المصنف للضابط الذي ذكره

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٦، وحاشية الصاوي: ٦/٣٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٧، وإرشاد السالك: ١/١٢١.

ثلاثة أمثلة:

الأول: إذا فسخ النكاح لإسلام أحد الزوجين بعد البناء: فإنه يجب للمرأة السكنى، ونفقة الحمل إن كان. وقوله: (بَعْدَ البناءِ) يعني: وأما قبله فلا لعدم العدة[1].

الثاني: إذا نكح محرما ولم يعلم وبنى: فإن لها السكنى في مدة الاستبراء، ونفقة الحمل إن كان. وقيد ذلك بعدم العلم لتتم الشبهة، وإلا فلو كان عالما، وهي لم تعلم كان لها أيضا عليه السكنى، ولم يكن لها عليه نفقة الحمل، لعدم لحوق الحمل.

ثم أشار إلى المثال الثالث بقوله:

(ص): (**وفي الغالِطِ بغيرِ العالِمَةِ ذاتِ زَوْجٍ قولانِ**)

(**ش**): ابن هارون، وابن راشد: لم أقف على ما حكاه المصنف[2].

وقال ابن عبد السلام: يعني: إذا غلط بامرأة أجنبية يظنها زوجته أو أمته فوطئها، فلا حد عليه، وتستبرأ الحرة بثلاث حيض، فإن حملت منه كان لها عليه النفقة والسكنى، ولا أعلم في هذا خلافًا في المذهب. وظاهر كلام المؤلف: أنه مختلف فيه، فانظره. واختلف المذهب إذا لم تحمل، وكانت زوجا لآخر، هل تجب نفقتها على نفسها، أو على واطئها؟

(ص): (**ولامرأةِ المفقودِ خبرُهُ، دُونَ امرأةِ الأسيرِ، أن ترفعَ أمرَها إلى الحاكمِ، فيُؤجَّلُ الحُرُّ أربعَ سنينَ، والعبدُ سنتينِ مُنْذُ يَعْجِزُ عن خَبَره بعدَ البحثِ، ثم تعتدُّ كالوفاة....**)

(**ش**): فقد الشيء: عدمه، ومراده: المفقود في بلاد المسلمين احترازا من الأسير فإن حكمه سيأتي، ومعنى كلامه: أن لامرأة المفقود أن ترفع أمرها سواء أكانت مدخولا بها أم لا إلى الحاكم. وأطلق في (الحاكم) فيشمل الخليفة، ووالي البلد، والقاضي. قال في "المدونة": ويجوز ضرب ولاة المياه، وصاحب الشرطة الأجل للعنين، والمفقود[3].

أبو الحسن: والمراد بولاة المياه السعاة؛ لأنهم يبعثون عند حصول المياه.

القابسي، وأبو عمران: وإن كانت في موضع لا حاكم فيه رفعت أمرها إلى صالحي جيرانها، وكشفوا عن خبر زوجها، وضربوا لها الأجل؛ لأن فعل الجماعة

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٥، والكافي: ٢/٦٢٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٣، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٨.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٣، ومنح الجليل: ٩/٢٣.

كحكم الإمام. وقال سحنون: لا يجوز كتاب ولاة المياه إلى قضاة الأمصار الكبار من سائر البلدان. وأنكر ما ذكر عن مالك: أن والي المياه يضرب أجل المفقود، وهو لا يضرب إلا بعد أن يكتب إلى البلدان، وولاة المياه لا يجوز أن يكتبوا إلى البلدان، فعلى هذا قيل: لا يضرب لها الجيران[1].

اللخمي: والمعروف من المذهب أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده، وإن تولى ذلك بعض ولاة المياه، والمفقود منهم أجزأ. وقال أبو مصعب: لا يجوز في ذلك حكم سلطان؛ إلا الخليفة الذي تمضي كتبه في الدنيا[2].

ابن عبد السلام: وجعله بعضهم كقول سحنون. وقال ابن الماجشون: إذا كان الإمام الأعظم حاضرا لم يضرب غيره. وقال غير واحد: إذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم كلفها إثبات الزوجية والغيبة، فإذا أثبت ذلك سأل زوجته وأقاربه وإخوانه وأهل محلته وسوقه، فإن كان عندهم علم أنه كان يريد بلدا كتب إلى ذلك البلد الذي كان يظن أنه فيه، وإلا كتب إلى بلد الجامع إن لم يظن أنه في بلد بعينه، ويعرفه في كتابه باسمه وصفاته ومتجره، ويكتب هو إلى نواحي بلده، وإن كان مطلوبا بدم، أو آبقا، لم يقتصر في الكتب على الجهة التي خرج إليها؛ لأن هذا ينتقل ولا يستقر في بلد بعينه، فإذا جاء الجواب بعدم العلم ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام للحر. واختلف في العبد، فالمشهور ما ذكره المصنف: أن أجله نصف أجل الحر كالإيلاء والطلاق. ابن عبد السلام: وقيل: أجله كالحر.

خليل: وتنصيف الأجل هنا، وفي الاعتراض، والإيلاء، مشكل، والأظهر الشاذ في الجميع.

وقوله: (منذ يعجز عن خبره): هو المشهور. وقال ابن عبد الحكم: من يوم الرفع، وعليه فلا يكتب إلى البلدان ويضرب له الأجل إذا ثبتت الزوجية والغيبة. وقاله ابن عبد الحكم، وزاد: إلا أن يبلغ سن التعمير. والأصل في التحديد بالأربع سنين ما في "الموطإ، عن عمر رضي الله عنه، أنه قال: (أيما امرأة فقد زوجها، فلم تدرِ أين هو، فإنما تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر، وعشرا، ثم تحل)[3].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٥٩، المدونة: ٢/٢٢، وتهذيب المدونة: ١/٤١١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٦.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٨، وبلغة السالك: ٢/٤٤٩.

عبد الوهاب: وأجمع الصحابة عليه؛ لأنه روي أيضا عن عثمان، وعلي، وجماعة من التابعين، ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف. قيل: وحد بالأربعة لأنها غاية الحمل. وقيل: لأنها المدة التي تبلغها الكتابة في بلدان الإسلام ذهابا وإيابا. وقيل: لا علة لذلك إلا الاتباع لقول عمر. اللخمي: وهو أحسن. واستضعف الأول لقول مالك: إنها لو أقامت عشرين سنة، فإنها تستأنف الأجل[1]. ولقولهم إذا كانت الزوجة صغيرة، أو الزوج صغيرا: إنه يضرب له الأجل، وليس هنالك ما يخشى منه الحمل، وكذلك إذا كانت يائسة، ولأنه لو كان مبنيا على أكثر الحمل لاختلف فيه على الخلاف.

واستضعف أيضا الثاني لقول مالك: إنها تستأنف الأربعة من بعد الإياس. وقيل: إنما ضرب له أربعة أعوام؛ لأنه جهل إلى أي ناحية سار من الأربع جهات. وهذا لا معنى له.

وقوله: (ثم تعتد كعدة الوفاة)؛ لقول عمر المتقدم.

ابن عبد السلام: ومن أهل المذهب من ألزمها أقصى الأجلين، وأجراه بعضهم على الخلاف في لزوم الإحداد، ولم يبينوا هل هي حيضة واحدة؟ وهذا إن أراده فقريب، كما تقدم في الذي عملت وفاته، أو هي ثلاث حيض، ولا يحتاج إذا انقضى الأجل إلى إذن الإمام لها في العدة، ولا بعد انقضائها إلى إذنه في التزويج. عبد الوهاب: لأن إذنه حصل بضرب الأجل[2].

تنبيه

ما تقدم من أن العبد الآبق، والمطلوب بدم لا يقتصر في حقهما على الكتب إلى جهة واحدة، يدل على أن حكمهما حكم المفقود، وقد نص محمد على ذلك. وكذلك قال مالك: فيمن أخذ متاع زوجته وهرب: إنه: يضرب له أجل الممفقود.

وقال اللخمي: أرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم، بخلاف المفقود؛ لأنهم فروا اختيارًا، ومعلوم أنهم قاصدون التخلف عن الرجوع، وحالهم بين ميت، ومختار للإقامة.

فرعان

الأول: إنما يضرب له الأجل المتقدم إذا كان له مال ينفق عليها منه، وإلا فحكمها

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٦، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٧، وحاشية الصاوي: ٦/٣٣، والتلقين: ١/٣٩.

حكم زوجة المعسر بالنفقة[١].

الثاني: إذا غاب عن أم الولد سيدها، وطلبت أن يضرب لها أجل لم تمكن من ذلك، وتبقى إلى انقضاء تعميره، فتعتق عليه[٢]. نقله ابن راشد.

(ص): **(فإن جاءَ، أو ثَبَتَتْ حياتُه قَبْلَ تزويجِها فامرأتُهُ، وبَعْدَ الدخولِ للثاني، وفي رجوعِ الأولِ غيرِ الداخلِ بنِصفِ الصَّداقِ** روايتانِ، **وقبْلَ الدخولِ قال مَرَّةً: العَقْدُ فَوْتٌ. ثم رَجَعَ....)**

(ش): يعني: أن الحكم نافذ لها ما لم يتبين خلافه، وأما إن تبين خلافه فذك على أربعة أوجه:

الأول: أن يجيء، أو يتبين حياته، وهي إلى الآن في العدة، فلا خلاف أنها زوجته.

الثاني: أن يتبين ذلك بعد خروجها من العدة، وقبل أن يعقد عليها، فالمعروف من المذهب عدم فواتها كالأول. وذكر ابن عيشون الطليطلي، عن ابن نافع: أنها تفوت. قال في "المقدمات": وهو بعيد؛ لأن الحاكم إذا حكم باجتهاد، ثم تبين له، أو لغيره: أنه أخطأ في حكمه خطأ متفقا عليه، نقض ذلك الحكم بإجماع. فلو قيل على قياس هذا: إنها له، ولو دخل بها الزوج الثاني، كالمنعي لها زوجها، لكان له وجه في القياس، ولكنهم لم يقولوا ذلك، فأين هذا من قول ابن نافع، إلا أن يشبه ما روي عن مالك فيمن خرص الخارص عليه في تحلة أربعة أوسق، فوجد فيها خمسة: أنه يعمل على ما خرص.

أبو عمران: وتآليف ابن عيشون مختلفة، ونقله ضعيف. وروى اللخمي مثل قول ابن عيشون، قال: لأن الحاكم أباحها للأزواج مع إمكان حياته، وما كشف الغيب أكثر مما كان يظن. وقول المصنف: (فإن جاء أو ثبتت حياته قبل تزويجها فامرأتُه)، يشمل هذين الوجهين الوجهُ الثالث: أن يدخل بها الثاني، والحكم: أنها تفوت على الأول، وتكون للثاني. وإلى هذا أشار بقوله: **(وبعد الدخول للثاني)**[٣].

اللخمي: ولم يختلف قول مالك: إن الدخول فوت. وخرج فيها قول بعدم الفوت بالدخول، على أحد القولين في النصرانية تسلم وزوجها غائب، فإن ابن الماجشون

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٨/٦، وإرشاد السالك: ١٢٢/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٥٦/١، والكافي: ٦٢٣/٢، وشرح الخرشي: ٢٢٧/١٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٤/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٩/١.

قال: إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها وإن ولدت من الثاني[1].

ابن راشد: وفيه نظر؛ لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف، وضرب الأجل، وأذن لها في النكاح، بخلاف النصرانية تسلم.

فرع

فإن دخل بها الثاني في نكاح فاسد، فالأول أحق بها إن فسخ بغير طلاق، لا إن فسخ به. نص عليه الباجي، وغيره.

قوله: (وفي رجوع الأول غير الداخل.... إلخ).

اعلم لولا أنه اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء، وضرب الحاكم الأجل، وفرق بينهما سواء تزوجت أم لا، فعن مالك: أنها تعطى جميع الصداق، وبه قال سحنون.

ابن بطال: وبه القضاء. وفي "الجلاب " أنها تعطي نصف صداقها فقط، فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليها من السنين ما لا يحيى إلى مثله. وقاله عبد الملك، وابن دينار.

وقال جماعة: إن لم تكن قبضته لم تعط إلا نصف صداقها، وإن كانت قبضته لم ينزع منها. وقيل: لا تأخذ النصف إلا بعد إلزامه الطلقة، وذلك عند عقد الثاني، أو عند دخوله على الخلاف. ابن محرز: والقياس أن يكون لها النصف؛ إلا على مذهب من يرى أن المرأة تستحق الجميع بالعقد. وعلى أنها تأخذ الجميع فقال مالك: يعجل لها المعجل، ويبقى المؤجل إلى أجله. وقال سحنون: بل يعجل لها الجميع[2].

ومنشأ الخلاف: أن هذه المرأة فيها شائبتان: شائبة الموت بدليل أنها تعتد عدة الوفاة، وشائبة الطلاق بدليل أن دخول الثاني يوقع على الأول طلقة، فمن غلَّب الشائبة الأولى أوجب لها الجميع، ومن غلب الثانية لم يوجب لها إلا النصف[3].

وكلام المصنف مبني على القول بأنها لا تأخذ الجميع؛ لأن ذكره الخلاف في رجوع الأول بنصف الصداق فرع عن أخذها الجميع. والروايتان اللتان حكاهما المصنف حكاهما ابن الجلاب، وهما مرويتان عن ابن القاسم، والذي رجع إليه أنها لا ترد شيئًا كالميت. والمعترض بعد التلوم، قيل: وبه العمل؛ لأنه حكم مضى. وقال ابن

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣٤/٦، ومنح الجليل: ٢٤/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٣/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٦/١٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٠/١، المدونة: ٢٣/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٢/١.

راشد: الأول أصح. وهو اختيار اللخمي؛ لأنه طلاق قبل الدخول، والفرق بينه وبين المعترض أن المعترض قد استمتع بها، وأخلف شورتها[١].

الوجه الرابع: أن تتبين حياته، أو موته، بعد عقد الثاني، وقبل دخوله، ففيه القولان اللذان حكاهما المصنف بقوله: (قال مرة: العقد فوت. ثم رجع). وبالفوات قال المغيرة، وابن كنانة، وابن دينار. وبعدمه قال ابن القاسم، وأشهب. قال في "الكافي": المرجوع إليه أصح من طريق الأثر. وليست مسألة نظر؛ لأنا قلدنا فيها عمر رضي الله عنه.

فرع

أبو عمران: وإذا اعتدت، أو مضى بعض العدة، لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته، وقد وجبت عليها العدة، والإحداد، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها، وأما في الأربع سنين فلها ذلك، لأنها لم تجب عليها عدة. قال: ومتى رجعت بعد ذلك ابتدأ لها الضرب. أبو بكر بن عبد الرحمن: وإذا ضرب لها الأجل، واعتدت، ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود، فليس لها ذلك؛ لأنها قد صارت مباحة للأزواج، فلا حجة لها أن لو قدم كان أملك بها؛ لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق، فتجري على ذلك حتى تظهر حياته، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه[٢].

(ص): **(وعليهما لو ثَبَتَ موتُه بَيْنَهُما، بخلاف ما قبْلَهما فإنَّها كغيرِها)**

(ش): يعني: وعلى القولين في فواتها بالعقد إذا ثبت أنه مات بينهما؛ أي: بعد العقد، وقبل الدخول[٣]. فإن قلنا: إن العقد مفيت. مضت زوجة للثاني، وإن قلنا: ليس بفوت. فسخ لأنه تزوج زوجة الغير. وبالجملة: موته كقدومه، **بخلاف** ما **لو** ثبت موته قبل العقد والدخول، فإن هذه المرأة كغيرها من النساء، فإن عقد الثاني بعد خروجها من عدة الأول صح نكاحه، وإن عقد قبل خروجها من العدة فهو كالنكاح فيها، وإليه أشار بقوله:

(ص): **(وفيها: لو ثَبَتَ أنَّ العَقْدَ وَقَعَ في عِدَّةِ موتِ الأولِ، فنكاحٌ في عِدَّةٍ يُفْسَخُ،**

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٨، وبلغة السالك: ٢/٤٤٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٦، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٩.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٧، وحاشية الصاوي: ٦/٣٣، والتلقين: ١/٣٩.

وتَحْرُمُ بالدُّخولِ أبدًا....)

(ش): تصوره ظاهر. وقوله: (وتحرم بالدخول)، أي: في العدة، وأما لو لم يدخل إلا بعد العدة لجري على الخلاف المتقدم في باب النكاح. ولعل المصنف نسب المسألة " للمدونة " لإشكالها، وذلك أن الزوج الثاني استند في عقده إلى حكم حاكم فلم يستعجل، وليس هنا اختلاط أنساب، فكان تأبيد التحريم مشكلا، ولهذا روى البرقي، عن أشهب: أنه إذا دخل بها الثاني في عدة الأول لم يفسخ نكاحه، وثبت، ولم تحرم عليه[1].

ابن المواز: ولو دخل بها الثاني، ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني، فنكاح الثاني مفسوخ؛ لأنه كالناكح في العدة؛ إذ مر لها زمان العدة، وهي معقود عليها، كالرامي من الحل تخرق رميته الحرم، ويصيب في الحل[2].

ابن يونس: وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خلاف هذا، قال: إذا اعتدت المنعي لها زوجها، وتزوجت، ودخل بها، ثم تبين أن الأول مات بعد عقد الثاني، وقبل دخوله، فليفرق بينهما، ويؤمر بالتورع عنها، وهي أخف ممن نكح في العدة، ودخل بعدها، وهي كمن واعد في عدة، ونكح بعدها؛ لأنه عقد نكاحها وهي ذات زوج، فعقده كلا عقد، فليتنزه عنها أحب إلي[3].

ابن يونس: وما تقدم أقيس؛ لأنه عقد لو قدم بعد الدخول فيه لم ترد إليه، وليثبت ذلك العقد. وإن كانت يوم العقد ذات زوج، فإذا مات الأول قبل دخول الثاني، فقد صادفتها العدة، وهي معقود عليها، فهي كمن عقد في العدة، ودخل بعدها، أصله الرامي من الحل تخرق رميته الحرم، ثم يصيب في الحل، والله أعلم[4].

(ص): (وإذا ثَبَتَ أنه ماتَ قبْل العَقْدِ وَرِثَتْهُ، وبعْدَ الدُّخولِ لم تَرِثْهُ، وفيما بيْنَهما القولانِ)

(ش): لأنه إذا مات قبل العقد فهي زوجة، ويأتي على ما حكي عن ابن نافع: أنها لا ترثه إذا خرجت من العدة، فإذا ثبت أنه مات بعد دخول الثاني فليست له زوجة؛

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٨، وإرشاد السالك: ١/١٢٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٤، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٩.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٦، والكافي: ٢/٦٢٣، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٧.

(٤) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٤، ومنح الجليل: ٩/٢٤.

لأنها فاتت على الأول بالدخول. وإن مات بعد عقد الثاني، وقبل دخوله، فالقولان، فعلى الفوات لا ترث منه، وعلى مقابله ترث. اللخمي: وإن جهلت التواريخ، وقد دخل الثاني، لم يفسخ نكاحه، ولم ترث الأول؛ لأنه لا يفرق بينها وبين الثاني بالشك، ولا ترث الأول أيضا بالشك.

(ص): (**وعلى الثاني: لا يقع الطلاق إلا بالدخول**)

(ش): يعني: وعلى قول مالك المرجوع إليه من: أنها لا تفوت إلا بالدخول، لا يقع طلاق على الأول إلا بدخول الثاني، وأما على الفوات بالعقد فالطلاق يقع بنفس العقد، ابن رشد، واختلف متى تقع الطلقة عليه: فقيل: إنها تقع عليه بالدخول، أو بالعقد على الاختلاف في ذلك. وقيل: إنما تقع عليه يوم أبيحت للأزواج، ويكشف ذلك العقد أو الدخول، وفائدة هذا الاختلاف، لو كان هذا الأول طلقها اثنتين، ثم تزوجت، وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بها هذا الثاني، هل يحلها هذا الزوج للقادم أم لا؟ والظاهر أنها تحل بفراغ العدة، ولو كان الطلاق إنما يقع بعقد الثاني، أو بدخوله لكان نكاحه فاسدا[1].

(ص): (**ولو طلقها الثاني بعد الدخول**، وكان **الأول طلقها اثنتين لحلت له، أصبغُ: لا تحل بذلك لأنها لم تُنكَح بعد الطلاق. وردَّه اللخميُّ**)

(ش): يعني: لو كان المفقود طلقها طلقتين قبل فقده، ثم فقد، وأباح لها الحاكم التزويج، وتزوجت، ثم طلقها الثاني بعد دخوله، فهل تحل للمفقود قبل زوج، وهو قول مالك، وبه قال أشهب، وقال أصبغ: لا تحل. وصوبه أبو عمران بما حكاه المصنف، عن أصبغ بقوله: (لأنها لم تُنكَح بعد الطلاق)، يعني: أن الطلقة الثانية إنما تقع بدخول الثاني، ولم يحصل بعدها نكاح، وحليتها موقوفة على حصول نكاح بعد الثلاث، ورده اللخمي بما تقدم من أن الظاهر أن الطلاق وقع قبل العقد، وقبل الدخول، وإلا لزم فساد النكاح[2].

فرع

محمد: ولو قدم المفقود بعد أن خلا بها الثاني، فقال للأول: ما قربتها؛ لحرمت على الثاني؛ لأنه أقر أنها زوجة للأول، ولم تحل للأول لظهور الإفاتة، إلا أن يخطبها

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٠، المدونة: ٢/٢٣، وتهذيب المدونة: ١/٤١٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٦.

بعد ثلاث حيض، وجعل اعترافه كالطلاق، وإن لم يطلق فتحل لذلك الزوج، ولا تحل لغيره، وإن اعترفت أن الثاني لم يصبها؛ لأنها مقرة أنها زوجة للأول، وإن ادعت أنه أصابها حلت له ولغيره؛ لأنه يعد ذلك منه طلاقًا، وإن أنكرت أن يكون أصابها، ولم يصدقها الأول، ولا راجعها، كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان، فيطلقها على الأول؛ لأنها تقول: لا أبقى بغير نفقة؛ ولو أنفق عليها لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة؛ لأن إنكار الأول أن تكون صدقت؛ وقوله أولا: لا علم عندي. لا يكون طلاقًا.

(ص): (**والتي تَعْلَمُ بالطلاقِ، ولا تَعْلَمُ بالرَّجْعَةِ كذلك**)

(**ش**): يعني: أن من طلق امرأته طلاقًا رجعيًا، فاعتدت، وتزوجت غيره، فأثبت هو أنه ارتجعها قبل نكاح الثاني فكذلك، أي: إن اطلع على ذلك قبل دخول الثاني، فالأول أحق على قول مالك، الثاني: وإن دخل فالثاني أحق بها. ورأى اللخمي أنها لا تفوت بالدخول، وفرق بينها وبين امرأة المفقود بأن هذه لم يكن فيها قضية من حاكم.

وفي قوله: (كذلك): إشارة إلى إجراء حكم هذه المسألة على المتقدمة في الميراث، وبذلك صرح في "المدونة"، عبد الملك: وهذا إذا أقام بينة أنه ارتجع قبل عقد الثاني، وأما قوله بعد عقد الثاني: ارتجعت قبل عقده[1]. فلا يقبل.

مالك: وإن كان حاضرًا، فلم يعلمها برجعته، ورآها تزوجت، ودخلت، فإنها تمضي زوجة[2].

اللخمي: وليس ببين؛ لأنه لو رأى أن الزوجة تزوجت، ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقًا.

ابن عبد السلام: وكلام اللخمي ظاهر إن قامت له بينة أنه ارتجع قبل ذلك، وهو الذي أراد، كما قاله عبد الملك. خليل: وقد يجري ما قاله مالك في هذه المسألة على أحد الأقوال فيمن باع زوجته، أو زوجها؛ إلا أن يقال: إنه إذا باعها، أو زوجها فعل فعلا محققًا يدل على تمليكها لغيره، بخلاف هنا فإنه سكت، وهو أضعف.

(ص): (**وأمَّا المَنعيُّ لها زوجُها تَتزوَّجُ، فيَقدَمُ، فليست كامرأةِ المفقودِ على المشهور، بل تُرَدُّ ولو وَلَدَتِ الأولاد؛ إذ لا حُجَّةَ لها باجتهادِ الإمامِ....**)

(**ش**): عياض: يقول الفقهاء: المُنعَى بضم الميم، وفتح العين، وهو عند أهل

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٨/٣، وبلغة السالك: ٤٤٩/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٦/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٩/٢.

العربية خطأ، وصوابه عندهم: المَنعِيُّ بفتح الميم، وكسر العين، وتشديد الياء، وهي التي أخبرت بموت زوجها فاعتمدت على الأخبار، وتزوجت، ثم قدم زوجها، فالمشهور، وهو مذهب المدونة: أنها ترد إلى الأول، والفرق بينها وبين المفقود عنها ما ذكره المصنف بقوله: (إذ لا حجة لها باجتهاد الإمام)، وقال القاضي إسماعيل، وأبو عمران: إنها كامرأة المفقود في اختلاف قول مالك، وتتنزل البينة منزلة حكم الحاكم لامرأة المفقود، هكذا ذكر هذا القول صاحب " تهذيب الطالب"، وظاهره أنه يختلف إذا عقد عليها الثاني، ولم يدخل، وقال ابن راشد: إن لم يدخل الثاني بها فهي للأول اتفاقًا[1]. قال: وفي المسألة ثلاثة أقوال: الأول: أنها تفوت بالدخول. قاله مالك في "كتاب القاضي إسماعيل"، والثاني: أنها لا تفوت، وترجع إلى الأول. وهو قول محمد، وسواء حكم بموته حاكم أم لا، وهو المشهور، وثالثها: التفرقة؛ فإن حكم بموته حاكم فاتت، وإلا لم تفت، قاله القاضي إسماعيل.

ابن عبد السلام: والأقرب أن البينة إن كانت رفعت إلى القاضي، فقبلها، أو عدلت عنه، فهي كامرأة المفقود، وإن كانت اعتمدت هي على أخبار البينة دون رفع القاضي، فليست كامرأة المفقود، وإذا فرق بينها وبين الآخر على المشهور، ففي "المدونة": لا يقربها الأول حتى تحيض، أو تضع حملها إن كانت حاملا، وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر، ويحال بينه وبين الدخول عليها[2].

عياض: ولا إشكال في منع مائه زرع غيره، وأما ما عداه من الاستمتاع فمباح، لأنها زوجته، وإنما حبست عنه لأجل اختلاط النسبين، كما لو استبرأها من زنا، أو غصب، وبدليل لو كانت المغصوبة ظاهرة الحمل من زوجها لجاز له وطؤها؛ إذ الولد ولده عند ابن القاسم، وغيره، وكرهه أصبغ كراهة تنزيه، لا تحريم.

(ص): (**أبو عمران: ولو ثَبَتَ موتُه عِندَها برَجُلَين، فتزوَّجَتْ، ولم يَظهَرْ خِلافُهُ لم يُفسَخ، إلا أن يكونا غيرَ عَدْلَيْنِ، أو لم يُعلَم إلا بقولِها، فإنه يُفسخُ، ثُم إنْ تَبَيَّنَ أنه وَقَعَ على الصِّحَّةِ حُكِمَ به، وفُسِخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ**)

(**ش**): قوله فيما نقل عن أبي عمران (فتزوَّجَتْ) لا يؤخذ منه جواز ذلك ابتداء، ونقل عنه ابن يونس، وغيره: أنه يجوز لها أن تتزوج بخبر العدلين، وليس عليها أن ترفع

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٧/١، وحاشية الصاوي: ٣٣/٦، والتلقين: ٣٩/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٨/٦، وإرشاد السالك: ١٢٢/١.

إلى الحاكم، ولا يفسخ. أبو عمران: وإنما يفسخ إذا كانت البينة غير عدول، أو لم يعلم ذلك إلا من قولها؛ إذ ليست على صحة من استباحتها.

قوله: (ثم إن تبين أنه)، أي: النكاح المفسوخ، (وقع على الصحة)؛ لثبوت موت الزوج الأول، أو طلاقه، أو انقضاء العدة منه، فإن هذه المرأة ترد إلى الذي فسخ نكاحه، ويفسخ ما بعد ذلك، ولو تعددت الأنكحة، وإلى ذلك أشاربقوله: (وفُسخ كلُّ عقدٍ بَعدَه)[١].

ابن عبد السلام: وليس هذا موضع قوله (كل عقد بعده)، وإنما يحسن مثل هذه العبارة في البيوع، أي: لأنها لا تكون إلا في عصمة زوج؛ فكان ينبغي أن يقول: وفسخ ما بعده[٢].

(ص): (وكذلك لو تزوَّجَتِ امرأةُ المفقودِ في العِدَّةِ، ثُم ثَبَتَ أنه وَقَعَ على الصِّحَّةِ فَقِسْ عليه....)

(ش): هذا أيضا من كلام أبي عمران، ومعناه: إذا تزوجت امرأة في أثناء العدة، ففسخناه، ثم ثبت أن المفقود عنها انقضت عدتها منه، إما من وفاة، أو طلاق، قبل أن يتزوجها الثاني، فإنا نردها إلى الثاني، ولو تزوجت زوجا ثالثا، ودخل بها كالمنعي لها زوجها[٣].

فرع

لو تزوجت في العدة، ففسخناه، حرمت على الثاني؛ إلا أن يثبت أن الأول حي فلا تحرم عليه، محمد: لأنها صارت زوجة للمفقود بغير طلاق، ولا وفاة.

وقوله: (فقِس عليه)، أي: قِس على هذه المسألة، والتي قبلها ما يشبهها في المعنى، كما لو تزوجت امرأة المفقود في الأربعة أعوام، وفسخ، ثم ثبت أنه على الصحة.

(ص): (وسُئِل ابنُ القاسمِ عن نساءِ مفقودٍ رَفَعَتْ واحدةٌ منهن كما تقدَّم، فَتَفَكَّرَ، ثم قال: أَرَى إنْ ضُرِبَ الأجَلُ للواحدةِ ضُرِبَ لِجمِيعِهِنَّ....)

(ش): زاد يحيى بن عمر، وهو راوي هذه المسألة، عن ابن القاسم: وأبى سائرهن.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٦، والكافي: ٢/٦٢٣، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٤، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٢٩.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٤، ومنح الجليل: ٩/٢٤.

وكذلك نقل ابن شاس، وهو أحسن من كلام المصنف؛ لاحتمال كلام المصنف أن يكون سائر النساء سكتن، وحكى ابن الفخار، وابن يونس، عن مالك مثله.

بعض القرويين: كما أن تفليس الواحد للمديان تفليس لسائر الغرماء، وقال أبو عمران: ليس ضرب القاضي الأجل لواحدة ضرب لجميعهن، بل حتى ترفع كل واحدة. قال: ولا يحتاج إلى الكشف للمرأة الثانية؛ لأنه قد كشف أول مرة، ابن يونس: وهو واضح[1].

(ص): (**والنفقةُ في مالِهِ في الأَجَلِ دُونَ العِدَّةِ**)

(**ش**): لها النفقة في الأجل؛ لأنها محكوم لها بحكم الزوجة، وأما في العدة فلا نفقة لها؛ لأنها عدة وفاة، ولا نفقة للمتوفى عنها. ابن عبد السلام: فإن قلت: قد قيل: إنها عدة طلاق، وقد تقدم عن "المدونة"، وغيرها: أن دخول الثاني طلاق، فينبغي أن ينفق عليها في تلك العدة. قيل: ولو سلم أنه طلاق، لكان طلاقًا أوقعه القاضي، والأصل فيه البينونة. وفي هذا الجواب نظر، والأولى منع كون الفرقة طلاقًا حقيقيًّا؛ لإيجابهم عدة الوفاة، وأصل المسألة مشكل؛ فلذلك أشكلت الفروع المبنية عليها، وظاهر كلام المصنف أن النفقة واجبة للمدخول بها، وغيرها، وكذلك أطلق في "المدونة" كالمصنف، وقال المغيرة: لا نفقة لغير المدخول بها؛ إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك، قال في "المقدمات": والصواب أن لها النفقة[2]. لأنها كزوجة الغائب.

ولم يختلف أن من غاب عن زوجته قبل دخوله بها أن لها النفقة، وإنما اختلف في الغيبة القريبة، وظاهر ما في سماع ابن القاسم من (كتاب طلاق السنة) أن لها النفقة إذا لم يفرق فيه بين قرب الغيبة، وبعدها.

(ص): (**فإن ثبتَ أنها أَخذتْ شيئًا بعْد وفاتِه رَدَّتْه، وكذلك أولادُه**)

(**ش**): يعني: فإن ثبت بعد أخذها النفقة أنها أخذت شيئا بعد وفاة المفقود ردته؛ لأنها أخذت ما لا يجب لها؛ إذ النفقة تسقط بالموت، وكذلك قوله: (وكذلك أولاده)، يعني: إن ثبت أنهم أخذوا شيئا بعد وفاته ردوه كالزوجة، وهكذا نص عليه ابن القاسم في "المدونة"، وينفق عليهم ما داموا صغارا فقراء، وتأول سحنون ذلك على أن الأيتام كانت لهم أموال.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٠، المدونة: ٢/٢٣، وتهذيب المدونة: ١/٤١٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٦.

أبو عمران: إن لم يتأول على ما قاله سحنون، وإلا فهو خلاف لقول ابن القاسم في مسألة الوصي ينفق على اليتيم من مال أبيه، ثم يطرأ دين يغترق المال: أنه لا يرجع على اليتامى بما أنفق عليهم، إن لم يكن لهم مال، ويكون وفاقًا لقول المغيرة، وأشهب بالرجوع عليهم مطلقًا[1].

وفرق بعض المتأخرين بأن الورثة تتعلق حقوقهم بالذمة، لا بالعين، ومن تعلق حقه بعين شيء فأتلف عليه فله المطالبة، بخلاف ما يتعلق بالذمة، واعترض فضل تأويل سحنون بأنه لو كانت لهم أموال لم ينفق عليهم، إلا أن يقال: إنما ظهر لهم المال، ولم يكونوا عالمين به[2].

أبو عمران: يستغنى عن قول فضل هذا؛ لأن هذا المال الذي ورثوه من أبيهم، هو مال استوجبوه من يوم الموت، وإنما انكشف لنا ذلك الآن. ومعنى قوله: يرجع عليهم: أنه يقاصهم بما أنفق عليهم من ميراثهم.

عياض: ولا يستغنى عنه بهذا؛ إذ قد يكون ما أنفق عليهم أضعاف ما يجب لهم من التركة؛ لكثرة الورثة معهم، قال في "المدونة": ولا يؤخذ من الزوجة والأولاد حميل بهذه النفقة.

(ص): (**ولا يُقْسَمُ مالُه إلا بَعْدَ التَّعميرِ على الوَارِثِ حِينئذٍ**)

(**ش**): يعني: أن المال ليس حكمه حكم الزوجة في أنه **يقسم** بعد الأربعة أعوام، بل يوقف حتى يتبين موته، أو يأتي عليه سن التعمير؛ إذ لا إرث بشك، وكان الأصل في الزوجة أن **لا** تباح للغير إلا كذلك، لكن غرضنا قوة الضرر، وحكى ابن راشد قولا: أنه يقسم ماله بعد الأربعة أعوام. قال: واختلف في حد التعمير على ستة أقوال:

أحدها: أنه سبعون. قاله مالك، وابن القاسم، وأشهب. عبد الوهاب: وهو صحيح لحديث: "مُعْتَرَكُ الْمَنَايَا"[3].

ثانيها: خمس وسبعون. وبه أفتى ابن زرب، الباجي في سجلاته، وبه القضاء.

ثالثها: ثمانون. رواه ابن الماجشون، وابن حبيب، عن مالك، وبه أخذ ابن القاسم،

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٨/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٤٩/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٦/١، وشرح مختصر خليل: ٤٧٩/٢، وما بعدها.

(٣) أخرجه أبو يعلى في مسنده، برقم (٦٥٤٣) وفيه إبراهيم بن الفضل المخزومي وهو متروك الحديث.

ومطرف، واختاره الشيخان: أبو محمد، وأبو الحسن، وبه كان يفتي القاضي ابن السليم[١].

ورابعها: أنه الثمانون، أو التسعون. قاله ابن القاسم أيضا[٢].

وخامسها: مائة. قاله أشهب. ابن حبيب، وابن الماجشون: وإليه رجع مالك.

وسادسها: أنه مائة وعشرون. وحكاه الداودي، عن ابن عبد الحكم، وبه "المتيطية": إن غاب وهو ابن الثمانين عمر إلى انقضاء التسعين. وإن غاب وهو ابن التسعين عمر إلى انقضاء المائة. وإن غاب وهو ابن المائة عمر بأعوام يسيرة بقدر الاجتهاد. وقيل: يتلوم بالعشرة. وقيل: بالعام، والعامين. وإن غاب وهو ابن مائة وعشرين تلوم بعام واحد. قال في "المقدمات": ولم يختلف فيمن عمر بمائة وعشرين أنه يتلوم له بالعام ونحوه[٣].

وقوله: (على الوارث حينئذ).

أي: حين انقضاء التعمير.

(ولا يُضْرَبُ للأسيرِ أجَلٌ، وتَبقى زوجة)

(ش): أي: لا يضرب لمن أسره العدو أجلا، وتبقى زوجة حتى يثبت موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، قال في "المدونة": وسواء علم موضعه، أم لا؛ لأنه معلوم أنه قد أسر، ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يصله في المفقود.

قيل: وإذا هرب الأسير من أرض الحرب، وثبت هروبه، ثم جهل خبره، فإن ثبت دخوله بلاد الإسلام فكالمفقود، وإن لم يثبت فكالأسير؛ لاحتمال عدم خروجه من بلاد الحرب، وخرج اللخمي قولا بأن امرأة الأسير تطلق عليه قياسًا على قطع ذكره، وذكر ابن الحارث: أنهم اتفقوا على الأسير يعرف مكانه وحياته: أنه لا تتزوج امرأته حتى يموت، واختلف إذا لم يعرف، فقال أصبغ: قال قوم: هو كالمفقود في أرض الإسلام. وقال آخرون كمذهب مالك. وقال ابن حارث: إن كان لا يدخلها التجار ولا الطوافون فهو هكذا، وإن كانوا يدخلونها، فهو كالمفقود.

(ص): **(فلو تَنَصَّرَ الأسيرُ، وجُهِلَ طَوْعُه وإكراهُه، فهو كالطَّوْعِ، فيُفَرَّقُ بينَهما،**

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٧/١، وحاشية الصاوي: ٣٣/٦، والتلقين: ٣٩/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٨/٦، وإرشاد السالك: ١٢٢/١.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١٥٦/١، والكافي: ٦٢٣/٢، وشرح الخرشي: ٢٢٧/١٣.

ويُوقَفُ مالُه....)

(**ش**): يعني: إذا تنصر الأسير، فإن علم إكراهه فكالمسلم، وإن علم طوعه فكالمرتد، وإن لم يعلم طوعه من إكراهه فالمشهور، وهو مذهب "المدونة" ما ذكره المصنف: أنه محمول على الطوع؛ لأنه الأصل في الأفعال الواقعة من العقلاء، والغالب أيضًا، وروي عن مالك: أنه محمول على الإكراه، لأنه الغالب من حال المسلم[1].

واختلف إذا تزوجت زوجته، ثم ثبت أنه تنصر مكرهًا، فقيل: حاله في زوجته كالمفقود. وقيل: كالمنعي لها زوجها. قيل: وإن شهدت بينة بالطوع، والأخرى بالإكراه، فبينة الإكراه أعمل لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى[2].

وقوله: (ويوقَف مالُه): قال في "المدونة": فإن مات مرتدا كان ماله للمسلمين، وإن أسلم كان له.

فرع

واختلف إذا تنصر، فقال ابن القاسم: ينفق على ولده من ماله، وقال أصبغ: لا ينفق عليه من ماله إذا تنصر طائعا.

(ص): **(ومفقودُ المُعترَكِ بيْن المُسلمين تَعتدُّ زوجتُه بَعْدَ انفصالِ الصَّفَّينِ، ورُوِيَ: بعْدَ التَّلَوُّمِ بالاجتهادِ، وروي: بعْد سَنةٍ، ورُوي: سَنةٌ فيها العدَّةُ. وفي قَسْمِ مالِه، أو وَقْفِه قولانِ، ورُوي: إنْ كانَ بعيدًا فكالمفقودِ، فيُوقَفُ مالُه....)**

(**ش**): المفقود على أربعة أقسام: مفقود في بلاد المسلمين، وحكمه ما تقدم. ومفقود في أرض الشرك، فكالأسير، لا تتزوج امرأته، ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله في قول أصحابنا؛ إلا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة. ومفقود في قتال المسلمين للكفار، وسيأتي. ومفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين، وكلام المصنف الآن فيه، وحكى فيه أربعة أقوال:

الأول: لمالك، وابن القاسم: أن زوجته تعتد من يوم التقى الصفان، وكان أشباه ذلك في ما مضى يوم صفين، والحرة.

الثاني: لأصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره، ويستبرأ خبره، وليس لذلك

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٤/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٩/١، وما بعدها.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٤/٦، ومنح الجليل: ٢٤/٩.

حد معلوم.

ابن عبد السلام: وجعله المصنف خلافًا للأول، وجعله بعضهم تفسيرًا له.

الثالث: لابن القاسم: تتربص زوجته سنة، ثم تعتد[١].

الرابع: أن العدة داخلة في السنة، قال في "المقدمات": وهو الصواب؛ لأنه إنما تلوم له مخافة أن يكون حيًّا، فإذا لم يوجد له خبر حمل على أنه قتل في المعترك[٢].

وفي "العتبية" خامس: بالفرق فيما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجته باجتهاد بعد انصراف من انصرف، وانهزام من انهزم، ثم تعتد وتتزوج، وما بعد مثل إفريقية، ونحوها تمكث زوجته سنة، فإذا خلت نظر الإمام في ذلك، وفرق بين القرب والبعد.

وفي "الموازية" سادس: إن كان بعيدا حكمه كالمفقود: تتربص أربعة أعوام.

اللخمي: من قال: إن العدة من يوم التقاء الصفين. ورث ماله حينئذ، ومن جعل لزوجته التربص أربع سنين، وقف ماله إلى التعمير، واختلف على القول: إن زوجته تتربص سنة، فقيل: يورث ماله ذلك الوقت، وقيل: يوقف ماله إلى التعمير، قال في "المقدمات": وهذا الخلاف، إنما هو إذا شهدت البينة العادلة: أنه شهد المعترك، وأما إن كان رأوه خارجًا عن العسكر ولم يروه في المعترك، فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق.

(ص): **(وبيْنَ المسلمين والكُفار: ثلاثةٌ، كالأسير، وكالمفقودِ، وتعتدُّ بعْد سَنةٍ بعْد النَّظَرِ...)**

(ش): أي: ثلاثة أقوال، والقول بأنه كالأسير. لمالك في "العتبية"، أي: إن زوجته لا تتزوج، ولا يقسم ماله، حتى يعلم موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، والقول بأنه كالمفقود في ماله وزوجته. حكاه ابن المواز، وعابه، أي: لأنهم يأسرون المسلمين، ولا يستطاع البحث عنهم كما في بلاد المسلمين.

اللخمي: وروى عنه أشهب: أنه قال فيمن فقد بين الصفين في أرض الإسلام، أو في أرض الحرب: تتربص زوجته سنة من يوم ينظر السلطان في أمره، ثم تعتد، وهذا هو القول الثالث في كلام المصنف.

وقوله: (بعد النظر)، يريد: بعد الرفع، هكذا صرح به في "المقدمات " في هذه

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٠، المدونة: ٢/٢٣، وتهذيب المدونة: ١/٤١٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٣، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٦.

الرواية، وعمل أهل قرطبة بهذه الرواية الثالثة[١].

فرع

اللخمي، وغيره: يحمل من فقد من بلد زمن الطاعون، أو في بلد توجه إليه وفيه الطاعون على الموت، وذكر أصحاب مالك: أن الناس أصابهم سنة بطريق مكة سعال، فكان الرجل لا يسعل إلا قليلا ثم يموت، ففقد ناس ممن خرج إلى الحج، فلم يأت لهم خبر حياة، ولا موت، فرأى مالك أن تقسم أموالهم، ولا يضرب لهم أجل المفقود، ولا غيره؛ للذي بلغه من موت الناس من ذلك السعال، وكذلك الشأن في أهل البوادي في الشدائد، ينتجعون من ديارهم إلى غيرها من البوادي، ثم يفقدون: أنهم على الموت، وقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا إلى البلد الذين يمضون إليه تبلغهم الضيعة والموت[٢].

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٨، وما بعدها، وبلغة السالك: ٢/٤٤٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٦، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٧٩، وما بعدها.

كتاب الرضاع

(ص): (الرَّضاع: شرْطُ المُرضِعِ: أن تكون آدميَّةً، أُنثى، بِلَبَنٍ، فلو كان ماءً غيْرَ لَبَنٍ لمْ يُعْتَبَرْ)

(ش): يقال: إرضاع، ورضاع، ورضاعة، بفتح الراء، وكسرها[1].

الجوهري: ويقال: رضع الصبي أمه، يرضعها، رضاعًا، مثل: سمع، يسمع، سماعًا، وأهل نجد يقولون: رضع، يرضع، رضعًا، مثل: ضرب، يضرب، ضربا[2].

عياض: وارتضعت أمه، وامرأة مرضع، أي: لها ولد ترضعه، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت: مرضعة. وذكر أهل اللغة: أنه لا يقال: في بنات آدم لبن. وإنما يقال: فيهن لبان. واللبن لسائر الحيوان غيرهن. وجاء في الحديث كثيرًا خلاف قولهم.

وشرط المصنف في المرضعة التي ينتشر التحريم برضاعها ثلاثة أوصاف:

الأول: أن تكون آدمية، فلا يحرم لبن غيرها من سائر الحيوانات، ولا خلاف في ذلك.

الثاني: أن تكون أنثى، فلا يعتبر لبن الذكر إذا در، وهذا هو المشهور؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، ولا يستحق وصف الأمومة إلا الآدمية الأنثى. وقال ابن اللبان الفرضي: يقع بلبن الذكر الحرمة.

اللخمي: وبه قال بعض شيوخنا. وقال ابن شعبان: وروى أهل البصرة، عن مالك، والشافعي: أنهما كرها له نكاحها. ووجه القول بالتحريم: أن الحرمة إذا حصلت باللبن الناشئ عن وطئه، فلأن تحصل بلبانه من باب الأولى، والآية خرجت مخرج الغالب، فلا مفهوم لها[3].

الثالث: أن يكون ذلك بلبن، فإن أرضعته بغيره لم يحرم.

---

(١) رَضَع الصبيُّ وغيره، يَرْضِع، مثال: ضرب يضْرِب لغة نجدية، ورَضِعَ مثال سَمِع، يَرْضَع رَضْعاً، ورَضَعاً، ورَضِعاً، ورَضاعاً، ورِضاعاً، ورَضاعةً، ورِضاعة، فهو راضِعٌ، والجمع رُضَّع، وجمع السلامة في الأخيرة، أكثر على ما ذهب إليه سيبويه. انظر: لسان العرب: ١٢٥/٨.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٤٨٧/١، وحاشية الصاوي: ٣٣/٦، والتلقين: ٣٩/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٠٨/٦، وإرشاد السالك: ١٢٢/١.

وفي "كتاب ابن سحنون": لو حلب من ثدي المرأة ماء أصفر لم يحرم ما يحرم منه؛ إلا ما كان غذاء يغني عن الطعام، ولا يقال: كان ينبغي أن يستغني بقوله: (آدمية) عن قوله: (أنثى)؛ لاحتمال أن يكون المراد نفسًا آدمية، والنفس تطلق على الذكر والأنثى[1].

(ص): (ويُعْتَبَرُ اللبَنُ، وإنْ لمْ تَحمِل، ولمْ تُوطَأْ)

(ش): يعني: إذا در للبكر لبن فإنه ينشر الحرمة لدخولها في قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. قال في "الجلاب": وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد، أو العجوز التي قعدت عن الولادة صبيا، فرضاعها يحرم.

(ص): (ولَبَنُ المَيْتَةِ على المَشهورِ، إنْ عُلِمَ)

(ش): أي: ويعتبر لبن الميتة، و(المشهور) مذهب "المدونة"؛ لدخولها تحت قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾، والشاذ حكاه صاحب " الجواهر"، وغيره. وذكر ابن بشير: أن الشاذ مما جرى في المذاكرات، وعلله بأن الحرمة لا تقع بغير المباح؛ فإن قيل: لم أوقعتم التحريم برضاع الميتة على المشهور، وظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ﴾ يخرجها؛ لأن الميتة لا توصف بأنها أرضعت، فجوابه: إن الإرضاع خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له، وأيضا فإنه منقوض بما لو حلب غيرها من ثديها كرهًا، وأرضع به صبيًّا، أو أرضع منها الصبي وهي نائمة، قال في "المدونة": وإذا حلب من ثدي المرأة في حياتها، أو بعد وفاتها، فوجر به صبي، أو دَبَّ فرضعها وهي ميتة، وعلم أن في ثديها لبان، فالحرمة تقع بذلك، ولا يحل اللبن في ضروع الميتة. قيل: فلم أوقعتم الحرمة به؟

قيل: لأن من حلف ألا يشرب لبنا، فشرب لبن الميتة، أو لبنًا ماتت فيه فأرة، حنث؛ إلا أن ينوي اللبن الحلال، ويحد من وطئ ميتة.

وأخذ من هنا أن مذهبه نجاسته، وهو خلاف ما دل عليه ما له في (كتاب الجنائز)، فيخرج من الكتاب قولان.

اللخمي: وإنما وقعت به الحرمة، لأن تنجيسه لا يخرجه عن كونه غذاء.

وقوله: ويحد من وطئ الميتة: استدلال منه على الحرمة، أي: كما يجب الحد

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٦، والكافي: ٢/٦٢٣، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٧.

بوطء الميتة، وكذلك يحرم لبنها. وقوله: ويحرم من وطء الميتة، يريد: ولا صداق لها، نص عليه محمد، وغيره[١].

قال في "النكت": وإنما قالوا بالحد، ولم يوجبوا لها صداقًا، لأن الصداق من حقوق الآدميين، فلما وجدناه لو قطع لها عضو لا قصاص فيه، ولا دية؛ فكذلك هنا. وأما الحدود فمن حقوق الله تعالى، فيجب عليه لعظم ما انتهكه، ولا إشكال في وجوبه إن كانت الموطوءة أجنبية على المعروف من المذهب، كما سيأتي في (باب الزنى)، إن شاء الله تعالى.

واختلف في الزوجة: هل يحد؟ على قولين: عياض: وإلى الإسقاط قال أكثرهم والمحقق منهم. قال في "النكت": وعاب بعض شيوخنا وجوب الحد عليه، قال: ألا ترى أنه يغسلها مجردة، وينظر إليها، فأي شبهة أعظم من هذا؟ وقول المصنف (إنْ عُلم).

ابن عبد السلام: لا يظهر له في كلام المصنف كبير فائدة، بخلافه في "المدونة".

(ص): (**وفي لَبَنِ مَن نَقَصَتْ عن سِنِّ المَحِيضِ: قولانِ**)

(**ش**): يعني: أن لبن من لم تحمل على ضربين: إن كانت ممن تحيض حرم.

ابن بشير: بلا خلاف. وقد قدم المصنف ذلك بقوله: (ويعتبر اللبن، وإن لم تحمل ولم توطأ)، وإن كانت ممن نقصت عن سن المحيض فقولان حكاهما المصنف تبعًا لابن بشير، وابن شاس. وفي "المدونة": وإذا درت بكر لا زوج لها، أو يئست من المحيض، فأرضعت صبيًّا، فهي أم ولد.

وفي "الجلاب": وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن، فأرضعها صبي لم تقع به حرمة، وحملها اللخمي على الخلاف، وهو ظاهر كلام ابن يونس، وهو مقتضى ما نقله المصنف، وابن بشير، وابن شاس[٢].

خليل: ولا يبعد أن يحمل ما في "المدونة" على ما إذا كانت في سن من يوطأ مثلها، ولا يكون ما في "الجلاب " خلافا لما في "المدونة"، والله أعلم.

(ص): (**ولا يُعْتَبَرُ لَبَنُ الذَّكَرِ إذا دَرَّ على المَشهورِ**)

(**ش**): هذه المسألة وقعت هنا في بعض النسخ، وقد تقدم الخلاف فيها، فأغنى عن إعادتها[٣].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٤/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٢٩/١، وما بعدها.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٤/٦، ومنح الجليل: ٢٤/٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٠/١، المدونة: ٢٣/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٢/١.

(ص): (وشرْط الرَّضيعِ: أن يَكونَ مُحتاجًا للرَّضاعِ، وَصَلَ اللَّبنُ إلى جَوفِه صِرْفًا، أو مَخْلوطًا، وفي لَغْوِ المَغْلُوبِ بالمُخالَطةِ قولانِ، لابنِ القاسمِ، وابنِ الماجِشونِ، كأبي حنيفةَ، والشافعيِّ....)

(ش): قوله: (مُحتاجًا)، أي: فلا يعتبر رضاع الكبير؛ لما في الصحيحين، وغيرهما: "إنما الرضاعة من المجاعة"[1]. وفي الصحيح أيضا من حديث سهلة: قالت عائشة: "جَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهَيْلٍ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي أَرَى فِي وَجْهِ أَبِي حُذَيْفَةَ مِنْ دُخُولِ سَالِمٍ، وَهُوَ حَلِيفُهُ. فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: أَرْضِعِيهِ. فَقَالَت: وَكَيْفَ أُرْضِعُهُ وَهُوَ رَجُلٌ كَبِيرٌ؟ فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم، وَقَالَ: قَدْ عَلِمْتُ أَنَّهُ رَجُلٌ كَبِيرٌ"[2]. وفي رواية أخرى: "أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ تَحْرُمِي عَلَيْهِ"، وفي رواية أخرى: "وأبى سائر أزواجه عليه الصلاة والسلام أن يدخلن عليهن أحدا بتلك الرضاعة"، وقلت لعائشة: ما نرى هذه إلا رخصة أرخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم لسالم خاصة، وأخذت عائشة بحديث سهلة، وكانت إذا أحبت أن يدخل عليها أحد من الرجال تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر، وبنات أخيها أن يرضعن من أحب دخوله.

المازري: والجمهور حملوا الحديث على الخصوص. الباجي: وقد انعقد الإجماع على أن رضاع الكبير لا يحرم[3].

ابن المواز: ولو أخذ بحديث سهلة: "أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ". في الحجاب خاصة، لم أعبه، وتركه أحب إلي، ولا فرق في التحريم باللبن بين أن يصل صرفا، أو مخلوطا، كما قاله المصنف، وهذا إن لم يغلب اللبن بالمخالطة، وأما إن كان مغلوبا فقال ابن القاسم: لا ينشر الحرمة. وهو مذهب أبي حنيفة. وقال أشهب، وابن الماجشون: يحرم. وهو قول الشافعي، وهذا معنى قوله: (وفي لغو المغلوب بالمخالطة قولان)، لأن تقديره، وفي لغو المغلوب بالمخالطة، وعدم لغوه قولان لابن القاسم، وابن الماجشون؛ فابن القاسم يلغيه، وابن الماجشون لا يلغيه[4].

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٣٤٧، و٥١٠٢) ومسلم، برقم (١٤٥٧) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٤٥٣).

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٣/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٦/١٠.

(٤) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٩/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٥٠/٢.

وقوله: (كأبي حنيفة، والشافعيّ): الأول للأول، والثاني للثاني، والأقرب قول عبد الملك؛ إذ لو انفرد اللبن لحرم، وهو الذي رجحه ابن محمد السوسي، واللخمي، وغيرهما، ونظيرها: إذا حلف ألا يأكل خلا، فأكل طعاما فيه خل مستهلك، وهذا إنما هو إذا كان اللبن مخلوطا بغير اللبن. وأما إن اختلط لبن امرأتين، فقال مالك، والشافعي: تحرم المرأتان معًا. وقال ابن يوسف: الحكم للغالب منهما. وأخذ عياض من "المدونة" التحريم، من مسألة من حملت من زوج آخر: أن اللبن يكون للزوجين. قال: وتردد بعضهم: هل يقول ابن القاسم بلغو المغلوب بلبن آخر كالطعام، أم لا، أو يفرق بين اللبن والطعام. انتهى. وحكى بعضهم الاتفاق على التحريم.

(ص): **(والرَّضاعُ والوَجُورُ - قَليلُهما، وكثيرُهما، ولو مَصَّةً - سَواءٌ)**

(ش): (الوَجُورُ) بفتح الواو: ما يدخل في وسط الفم، وقيل: ما يصب في وسط الحلق، وفعله: وجر، وأوجر. واللدود ما صب تحت اللسان، وقيل: ما صب في جانب الفم، واللديدان جانبا الفم. يعني: أنه لا فرق في التحريم بين الرضاع والوجور، ونبه بذلك على قول داود القائل بعدم التحريم؛ إلا بما يرضع من الثدي. ومذهبنا: أن المصة الواحدة كافية في التحريم، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(ص): **(وفي الحُقْنَةِ، والسَّعُوطِ، وشِبْهِه يَصِلُ إلى الجوفِ ثَالِثُها يَخْتَصُّ السَّعُوطُ)**

(ش): (الحقنة): معلومة، و(السعوط): بفتح السين. قال الجوهري: هو الدواء يصب في الأنف[1].

قوله: (وشِبْهِهِ)، أي: وشبه ذلك، ولذلك ذكر الضمير، وأراد بالشبه: الاكتحال، والصب في الأذن. وحكى في الجميع ثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر[2].

أما الحقنة، ففي "المدونة": إن وصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرم، وإلا لم يحرم[3].

ابن المواز: معناه: حتى يكون غذاءً له لو لم يطعم، ولم يسق، فحينئذ يحرم، وإلا فلا. وأطلق ابن حبيب التحريم بالحقنة. ابن يونس: وقول ابن القاسم أصح. وفي

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٠، وما بعدها.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٨، وحاشية الصاوي: ٦/٣٤، والتلقين: ١/٤٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٩، وإرشاد السالك: ١/١٢٣.

"الجلاب": إن الحقنة لا تحرم.

وأما السعوط، ففي "المدونة": يحرم إن وصل إلى جوفه، قال فيها: وكان عطاء الخراساني لا يحرم السعوط، ولا الكحل باللبن.

ابن يونس: وأطلق ابن حبيب التحريم به، وقول ابن القاسم أصح، لأن الاعتبار في الرضاع ما يقع به الاغتذاء، وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ، كجريانه في ظاهر البدن.

وأما العين، فقال ابن حبيب: إن اكتحل الصبي بكحل فيه لبن، فإن كان دواء ينفذ مثل المر والصبر والعنزروت وشبهه حرم، وإن كان مما يبقى في العين، ولا يصل إلى الجوف، كالإثمد وشبهه، فلا يحرم.

ابن يونس: وسواء عند ابن القاسم كان مما ينفذ أم لا، فإنه لا يحرم، لأنه لا يكون منه غذاء، وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب، فلا يحرم حتى يكون للصبي غذاء، كما قال في الحقنة. ابن راشد: وعلى هذا يجيء الجواب، فيما صب من الأذن.

ابن بشير: وإن استدخل اللبن من الإحليل، فهو لا يصل إلى محل الطعام، فلا تقع به حرمة، وكذلك إن عمل منه فتائل[١].

تنبيهات

الأول: جعل المصنف محل الخلاف إذا وصل من هذه المنافذ، ومفهومه أنه لو لم يصل لم يحرم. وقد قدمنا أن ابن حبيب قال بالتحريم في الحقنة، والسعوط، وإن لم يصل، على ما ذكره ابن يونس، وكذلك ذكر الباجي، واللخمي، عنه[٢].

الثاني: مقتضى كلامه: أن في المذهب قولا بأن السعوط لا يحرم مع الوصول، وذكره بعضهم[٣].

ابن عبد السلام: وأنكر عبد الوهاب أن يكون في المذهب من يقول: إن السعوط لا ينشر الحرمة إذا علم وصوله إلى الجوف.

الثالث: يشترط على مذهب "المدونة" في انتشار الحرمة بالحقنة ألا يكون اللبن مغلوبًا، لأنه إذا اشترط ذلك فيما يصل من الفم، فهنا أولى. قاله عياض، وغيره.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٧، والكافي: ٢/٦٢٤، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٥، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣٠، وما بعدها.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٥، ومنح الجليل: ٩/٢٥.

الرابع: ما ذكره من القول بالتفصيل هو مقتضى ما في الجلاب؛ لأنه نص على أن السعوط يحرم، ونص على أن الحقنة لا تحرم، وإذا لم تحرم الحقنة فالعين ونحوها أولى.

الخامس: قال اللخمي: ومحمل قول ابن القاسم في "المدونة" من التحريم بالسعوط إن وصل، يريد: أن وصوله مشكوك فيه، فقوله ذلك عبارة عن الوقوف، وكأنه إنما تقع الحرمة إذا وصل، ولا يدري هل وصل؛ لأنه ليس بكثير فيحس بوصوله، ورده ابن بشير بأنه ليس بشك، وإنما أحل الأمر فيه على تحقيق الوصول وعدمه[1].

السادس: فإن قلت: لم اشترط ابن القاسم هنا في الحقنة أن تكون غذاء، ولم يشترط ذلك في الصوم؟ قيل: إن المراعاة في الرضاع ما ينبت اللحم، وينشر العظم، ولا يشترط هذا في إفطار الصائم، بل ما يصل إلى محل الطعام والشراب.

(ص): **(فلو كانَ بَعْدَ الحَولَينِ بمُدَّةٍ قريبةٍ، وهو مُستمِرُّ الرَّضاعِ، أو بَعْدَ يَومَينِ مِن فِصالِه اعتُبِرَ، وفي القَرِيبَةِ أقوالٌ: أيامٌ يسيرةٌ، وشهرٌ، وشهرانِ، وثلاثةٌ)**

(ش): لما قدم أن شرط المرضع أن يكون محتاجًا، وأنه لا عبرة برضاع الكبير، أخذ يذكر الزمان الذي تنشر الحرمة فيه، وذكر أن الرضاع إما أن يكون بعد الحولين، أو فيهما؛ فإن كان بعدهما بمدة قريبة، وهو مستمر الرضاع، أو بعد يومين من فصاله نشر الحرمة؛ لأنه لو أعيد إلى اللبن لكان له غذاء وعشاء، وهذا هو المشهور، وروي عن مالك: أنه يعتبر الحولان من غير زيادة[2].

وعلى المشهور فاختلف في حد القرب على خمسة أقوال، حكاها اللخمي، وغيره، قال في "الحاوي": مثل نقصان الشهور، وإليه ذهب سحنون. وقال في المختصر: الأيام اليسيرة. وقال ابن القصار: يحرم مثل الشهر. قال: وليس بالقياس؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، يريد: أن القياس لا يزاد على الحولين، وروى عنه عبد الملك: أنه لايزاد على الشهر ونحوه، وقال في "المدونة": الشهر، والشهرين. وروى عنه الوليد بن مسلم: ثلاثة أشهر. اللخمي: وهو أحسن.

ومحمل الآية في السنتين أنها كافية للمرضع، ليس أنه لا منفعة فيما زاد؛ لقوله

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٦١/١، المدونة: ٢٤/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٣/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٤/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٧/١٠.

عليه الصلاة والسلام: "لا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ"[١]. وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي، فعلق التحريم بما كان قبل الفطام، وقبل أن ينتقل غذاؤه من اللبن، وهذا لم يفطم، واللبن قوام جسمه، يشبع لوجوده، ويجوع لعدمه، ولم يقع القول الأول في كل النسخ، ووقع في نسخة ابن راشد، وسقط في نسخة ابن عبد السلام.

(ص): **(فلَوْ كانَ في الحَوْلَيْنِ بَعْدَ استغنائِه بمُدَّةٍ قَرِيبةٍ، فقولانِ)**

(ش): يعني: إذا فصل في الحولين، فإن لم يستغن، نشر الحرمة باتفاق، وإن استغنى فإما بمدة قريبة، أو بعيدة؛ فإن كان بمدة بعيدة لم يعتبر، وإن كان بمدة قريبة فقولان: المشهور، وهو مذهب "المدونة": أنه لا يحرم، قال في "الجواهر": إلا أن يكون زمن الرضاع قريبا من زمن الاستغناء. والثاني لمطرف، وابن الماجشون، وأصبغ في "الواضحة " يحرم إلى تمام الحولين[٢].

وقال بعض الشيوخ: إن كان الرضاع مصة، أو مصتين، لم يحرم، وإن أعيد إلى الرضاع، وأسقط الطعام حرم، ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد القريبة كالقسم الأول، ولعل ذلك لأنهما متقاربان.

(ص): **(ويَحْرُمُ بالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بالنَّسَبِ)**

(ش): والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام: "يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب"[٣]. رواه البخاري، ومسلم، وغيرهما.

والمحرمات بالنسب سبع[٤]: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت. فالرضاع كالنسب: فأمك كل من أرضعتك، أو أرضعت بواسطة، أو بغيرها، وأمهاتهما. وبنتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك، أو أرضعتها ابنتك من نسب، أو رضاع. وأخواتك كل من ولدت من أرضعتك، أو ولد لفحلها، فإن أتى من أمك وفحلها ولد، فهو أخ شقيق من الرضاعة، وإن ولد لأمك من

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١٥٢) وقال: حسن صحيح.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٩/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٥٠/٢.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (٥٠٩٩) ومسلم، رقم (١٤٤٧).

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١٦٧/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٠/٢، وما بعدها.

غير ذلك الفحل، فهو أخ لأمك، وإن ولد لأبيك من غير أمك أمًّا من زوجة أخرى، أو سرية، فهو أخوك لأبيك. وأخوات الفحل عمات الرضيع. وأخوات أم الرضيع خالات له. ولا يخفى عليك بنات الأخ. وبنات الأخت.

لكن استثنى العلماء من عموم قوله عليه الصلاة والسلام: "يحرم الرضاع ما يحرم النسب". مسائل يحرمن من النسب، وقد لا يحرمن بالرضاع:

الأولى: أم أخيك، وأم أختك من النسب هي أمك، أو زوجة أبيك، وكلتاهما حرام، ولو أرضعت أجنبية أخاك لم تحرم.

الثانية: أم نافلتك، والنافلة: ولد الولد مطلقًا ذكرًا كان أو أنثى، لأنها إما بنتك، أو زوجة ابنك، وهما محرمان، وفي الرضاع قد لا تكون ابنتك، ولا زوجة ابنك، بأن ترضع أجنبية نافلتك[1].

الثالثة: جدة ولدك من النسب، إما أمك، أو أم زوجتك، وهما حرامان، وفي الرضاع قد لا تكون أما، ولا أم زوجة، كما إذا أرضعت أجنبية ولدك، فهي حلال لك، وأمها وإن كانت جدة ولدك إذ ليست بأمك، ولا أم زوجتك[2].

الرابعة: أخت ولدك في النسب حرام؛ لأنها إما بنتك، أو ربيبتك، ولو أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخت ولدك، فليست ببنت، ولا ربيبة.

الخامسة: يجوز للرجل أن يتزوج أم عمه وعمته من الرضاع، بخلاف النسب.

السادسة: يجوز للرجل أن يتزوج أم خاله وخالته من الرضاع، بخلاف النسب.

(ص): **(فيُقَدَّرُ الطِّفلُ خاصَّةً ولدًا لِصاحِبَةِ اللَّبَنِ، وصَاحِبِهِ إنْ كانَ، فلذلكَ جازَ أنْ يَتزوَّجَ أُخوهُ نَسَبًا أُخْتَهُ، وَأُمَّهُ مِن الرَّضَاعِ....)**

(ش): يعني: أن الحرمة إنما تنتشر بين الرضيع ومن تقدم خاصة دون أحد من قرابته، وقال: (وصاحِبِهِ إن كان)؛ لأنه قد تقدم أن البكر إذا درت على صبي، ورضعها: أن الحرمة تنتشر بذلك[3].

ابن عبد السلام: وانظر إذا كانت البكر معقودة النكاح، ولم يدخل بها زوجها، هل تنتشر الحرمة بين الرضيع والزوج؟

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٨، وحاشية الصاوي: ٦/٣٤، والتلقين: ١/٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٩، وإرشاد السالك: ١/١٢٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٥، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣٠، وما بعدها.

خليل: والمذهب في هذا: أنه لا يعتبر، وسيذكره المصنف في الفرع الذي يلي هذا، ولأجل أن التحريم إنما يعتبر بين الرضيع وأبويه، لا في أحد من قرابته؛ جاز لأخيه من النسب أن يتزوج الطفلة التي رضع معها أخوه، والأم التي أرضعت أخاه؛ لأنه لا قرابة بينهما، ولا رضاع، وكذلك يجوز لصاحب اللبن أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة. واعلم أن أخت الأخ قد لا تحرم من النسب، كما لا تحرم من الرضاع، وصورتها: أن يكون لك أخ من أب، وأخت من أم، فيجوز لأخيك من الأب نكاح أختك من الأم[1].

(ص): (ويُعْتَبَرُ صَاحِبُهُ مِن حِينِ الوَطْءِ)

(ش): يعني: أن الحكم فيما بين الرضيع والمرضعة ظاهر، وأما فيما بينه وبين الفحل، فإنما يعتبر من حين وطئه. وقوله: (مِن حينِ الوَطْءِ) يدل على: أنه لا يعتبر اللبن فيما بين الفحل وبين الرضيع في الفرع الذي جعله ابن عبد السلام محل نظر، وهو مقتضى كلام اللخمي، وابن رشد، وابن بشير، وابن شاس، وبذلك صرح صاحب "النكت"، قال: إنما يكون له اللبن إذا دخل، وأما قبل بنائه فلا[2].

وقد صرح ابن راشد بالاتفاق على ذلك، فقال: إذا تزوج الرجل امرأة لا لبن لها، ثم درت، فرضعها طفل، فإن لم يكن وطئها قبل رضاعه لم يكن أبًا، وإن كان وطئها، فهو له ولد، ولو لاعب، أو قبّل، أو باشر، أو وطئ، ولم ينزل، فدرت، لم يكن بذلك أبًا بلا خلاف.

(ص): (فإنْ كانَ مِن وَطْءٍ يُحَدُّ فِيهِ فَقولانِ)

(ش): يعني: فإن كان اللبن نشأ عن وطء يحد فيه، فهل ينشر الحرمة بين الرضيعة والفحل؟ قولان. وأما بين الرضيعة والمرضعة فإنه ينشر الحرمة على كل حال، والقولان حكاهما ابن حبيب، عن مالك. ونص ما نقله ابن يونس، عنه، قال ابن حبيب: اللبن في وطء صحيح، أو فاسد، أو حرام، أو زنا، تقع به الحرمة من قبل الرجل والمرأة، وكما لا تحل له ابنته من الزنا، فكذلك لا تحل له من أرضعتها المزني بها من ذلك الوطء، لأن اللبن لبنه، والولد ولده، وإن لم يلحق به الولد. وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه، فلا يحرم لبنه من قبل فحله، ثم رجع إلى أنه يحرم، وهو

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٧، والكافي: ٢/٦٢٤، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٨.

(٢) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٥، ومنح الجليل: ٩/٢٥.

أصح، وقاله أئمة من العلماء، وبالتحريم قال سحنون، وغيره، وهو ظاهر من المذهب. قاله ابن عبد السلام.

قال: وأجرى غير واحد القولين على القولين في المخلوقة من ماء الزاني، هل يحل له نكاحها أم لا؟ وهو مناسب؛ لولا أن ابن المواز منع الزاني من نكاح المخلوقة من مائه، وكره له نكاح هذه، وإن وقع لم يحكم بفراقها. قالوا: وأما إن تزوج من لا يحل له نكاحها جاهلا، فلحق به الولد، فإنه يحرم الرضاع من جهة الفحل، كالنكاح في العدة، وكذلك إن كان عالما، على القول بأنه لا حد عليه[1].

(ص): (**وَالمَنكُوحَةُ إذا وُطِئَتْ باشتِباهٍ، فأَتتْ بوَلَدٍ مُحْتَمَلٍ، فَلَبَنُها لِمَنْ يُنسَبُ إليهِ الوَلَدُ، وقال محمدٌ: لَهُمَا....**)

(**ش**): مثاله: لو وطئ السيدان الأمة في طهر واحد، وألحقته القافة بأحدهما، فعلى المشهور: إنما تنتشر الحرمة بين الولد وبين من لحق به، وعلى قول محمد: تنتشر الحرمة بين الرضيع والواطئين، وإن كان الولد إنما يلحق بأحدهما، لأن اللبن ليس هو مبنيًّا على لحوق الولد، بدليل التحريم على ظاهر المذهب في الفرع السابق، وإن كان الولد فيه غير لاحق، ومثاله أيضا في النكاح: لو نكحت المعتدة، وأتت بولد محتمل لها[2].

(ص): (**ولَبَنُ الدَّارَّةِ لِصَاحِبِهِ، إلا أن يَنْقَطِعَ، ولو بَعْدَ سِنينَ كثيرةٍ، وقيل: إلى أنْ تَلِدَ. وقيل: وإلى أنْ تَحمِلَ. وقيل: إلى أنْ يَطَأَهَا زوجٌ ثانٍ....**)

(**ش**): يعني: أن لبن المرأة منسوب لواطئها عند ابتداء وجود اللبن، ولا إشكال في ذلك إذا لم تزل في عصمته، أو رقه، وإن فارق الزوجة، وتزوجت غيره، فأربعة أقوال: الأول: أنه محكوم به للأول إلى أن ينقطع، وهو مذهب "المدونة"؛ لقوله: وإذا تزوجت المرضع المطلقة، فحملت، ثم أرضعت صبيا، فإنه لبن للزوج الأول. والثاني: إن كان لبن الأول لم ينقطع، لكن لم يقل فيها، ولو بعد سنين كثيرة، كالمصنف، ولم أر ذلك مصرحا في الروايات، لكن هو ظاهر "المدونة"، و"الموازية"، وتبع المصنف ابن شاس؛ فإنه قال: ولو بعد عشر سنين.

والقول بأنه ينقطع بالولادة في "مختصر الوقار"، ورواه ابن نافع، وحكى ابن

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦١، المدونة: ٢/٢٤، وتهذيب المدونة: ١/٤١٣.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٤، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٧.

المنذر: أن عليه إجماع العلماء. والقول بأنه ينقطع بالحمل، ذكره ابن بشير، وابن شاس، ولم يعزواه. والقول بأنه ينقطع بوطء الثاني، لابن وهب، ولسحنون خامس: أن اللبن محكوم به للأول إلى أن تمضي خمسة أعوام أقصى مدة الحمل، من فراق الأول، أما لو انقطع اللبن لسقط حكم الأول(١).

اللخمي: إلا أن ينقطع، ثم يعود، فيكون الحكم فيه للثاني إن عاود الإصابه. قال: وإن أصاب الرجل زوجته، وهي ذات لبن من غيره، ثم أمسك عنها، أو غاب، وطالت غيبته، أو مات، وعاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء.

(ص): **(وحيثُ لمْ يُحْكَمْ بانقطاعِهِ فالوَلَدُ لهُما؛ لأنَّ الوَطْءَ يُدِرُّ اللَّبَنَ)**

(ش): يعني: إذا لم يحكم بانقطاعه فالولد محكوم له بأنه ابن للأول، والثاني من الرضاع؛ لأن هذا اللبن لهما؛ إذ أصله من الأول، وتكثيره من الثاني؛ لأن وطئه يدرُّ اللبن(٢).

(ص): **(والغَيْلَةُ: وَطْءُ المُرْضِعِ، وقيلَ: إرْضَاعُ الحَامِلِ)**

(ش): الأكثر على ضبط هذه الفظة بكسر الغين.

عياض: ولا تفتح إلا مع حذف الهاء، وأصله من الضرر، وقيل: من الزيادة. وقيدها بعض شيوخنا بفتح الغين في غير "المدونة"، وكذلك عبد الحق في "المدونة"، والقول الأول هو مذهب " الموطإ"، و"المدونة"، وهو قول الأصمعي(٣).

وقوله: (وَطْءُ المُرْضِعِ): ابن حبيب: وإن لم ينزل. وقال أبو عمران: إنما الغيلة: الوطء مع الإنزال، والقول الثاني ذكره في "المدونة" أيضا، وهو قول الأخفش، والأول هو الظاهر؛ لأن المشاهدة تدل على أن إرضاع الحامل مضر، والنبي صلى الله عليه وسلم قد نفى عن الغيلة الضرر؛ ففي "الموطإ"، وغيره: أنه عليه الصلاة والسلام قال: "لقد هممت أن أنهي الناس عن الغيلة حتى ذكرت أن فارسًا والروم يصنعون ذلك، فَلا يَضُرُّ ذَلِكَ أَوْلادَهُمْ".

(ص): **(ومَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلا كانَ زَوْجَها حَرُمَتْ عَلَى صَاحِبِ اللَّبَنِ؛ لأنَّها زَوْجَةُ ابْنِهِ)**

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٥٩/٣، وبلغة السالك: ٤٥٠/٢، وما بعدها.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٧/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٠/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٤٨٨/١، وحاشية الصاوي: ٣٤/٦، والتلقين: ٤٠/١.

(ش): هذا الفرع وقع لابن القاسم في "العتبية"، ومعناه: إذا عقد أبو الرضيع له على امرأة، ثم خالع له، وتزوجت غيره، وحدث لها لبن، فأرضعت به الطفل الذي كان زوجها، فصار هذا الطفل ولدًا لها ولزوجها الثاني، فتحرم على زوجها؛ لأنها حليلة ابنه؛ إذ لا يشترط في حليلة الابن دوام الوصف، بدليل أن الابن لو تزوج امرأة، فمات عنها، أو طلقها، لم يجز لأبيه أن يتزوجها؛ لأنها من حلائل أبنائه[1].

(ص): (**ومَن أَبانَ صَغيرةً حَرُمَتْ عليه مَن تُرْضِعُها؛ لأَنَّها أُمُّ زوجتِهِ، وعَكْسُهُ بنْتُ زوجتِهِ، ولا يُنظَرُ للتَّاريخِ في مثلِهِ....**)

(ش): يعني: إذا تزوج رضيعة، ثم طلقها، فأرضعتها امرأة حرمت عليه تلك المرأة؛ لأنها أم زوجته، ولو أبان امرأة لها لبن، فأرضعت صبية، حرمت عليه تلك الصبية؛ لأنها بنت زوجته، وهذا معنى قوله: (وعكسُه... إلخ).

ابن راشد قال: ولا ينظر إلى التاريخ في مثله ليعم هذا الفرع، والفرعين قبله، وما في معناهما أنه لا ينظر إلى أن تكون المرضعة في حالة الرضاع زوجة، بل ولو بانت.

(ص): (**ومَن تَزوَّجَ رضيعتين، أو أكثر، فأرضعتْهُمْ امرأةٌ، اختار واحدةً، وإنْ كانتِ الأخيرَةَ**)

(ش): اختار واحدة لأنهما صارتا أختين. قال في "المدونة": ولا يفسد نكاحها كما يفسد عند من تزوج الأختين في عقد واحد؛ لفساد العقد فيهما، وصحته في هاتين، وهذا هو المشهور. وقال ابن بكير: لا يجوز أن يختار واحدة. ورأى ذلك بمنزلة من تزوج الأختين في عقدة واحدة[2].

تنبيه

لمرضعة الصغيرتين ثلاث صور: الأولى: أن تكون المرضعة أجنبية، وحكمها ما تقدم. الثانية: أن تكون أما للزوج، أو أختًا، أو نحو ذلك، فلا يجوز له أن يتمسك بواحدة منهما بالاتفاق؛ لصيرورتهن أخوات، أو بنات أخوات. الثالثة: أن تكون المرضعة أيضا زوجة له، وإليها أشار بقوله:

(ص): (**فلو كانت المُرضِعةُ زوجتَهُ، ولم يَبْنِ بها، حَرُمَتْ مع ذلك، وإنْ كان بَنَى حَرُمَ الجميعُ....**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٩، وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/١٢٣، وما بعدها.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٧، والكافي: ٢/٦٢٤، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٨.

(ش): وقوله: (مع ذلك)، أي: مع تحريم إحدى الرضيعتين، وإن بنى بالكبيرة حرم الجميع، أما الكبيرة؛ فللعقد على بناتها، وأما الصغيرتان؛ فلأنهما بنتان لزوجةٍ مدخولٍ بها[١].

(ص): (وتُؤَدَّبُ المُتَعَمِّدَةُ للإفسادِ، ولا غُرْمَ عليها)

(ش): نحوه في "المدونة"، يعني: أن الكبيرة التي أرضعتهن سواء كانت زوجة، أو أجنبية، إن لم تكن متعمدة للرضاع، فلا أدب عليها، وإن كانت متعمدة أدبت؛ لإفسادها عصمة، أو أكثر على الزوج.

ابن عبد السلام: وهذا بين إن كانت عالمة بالحكم، وفي الجاهلة نظر[٢].

قوله: (ولا غُرْمَ عليها)، لأن الزوج لا غرم عليه، وهذا على المشهور، أما على قول ابن حبيب، ومحمد: فلا. وقد تقدم الكلام على ذلك كله عندما تكلم المصنف على هذه المسألة في (فصل إسلام المجوسي)، وتقدم أيضا عن ابن القابسي: أن الفسخ على قول ابن القاسم فسخ بغير طلاق.

(ص): (وإذا اتَّفَقَ الزوجانِ على الرَّضاعِ فُسِخَ، ولا صَدَاقَ قَبْلَ الدُّخولِ، والمُسَمَّى بَعْدَهُ)

(ش): يعني: إذا تزوج امرأة، ثم اتفق هو وإياها على أنها أخته من الرضاع؛ فإن كان ذلك قبل بنائه بها فسخ، ولم يكن لها شيء كسائر الفسوخات، وإن كان بعد البناء فسخ أيضا، وكان لها المسمى لها بما استحل من فرجها.

والذي نص عليه ابن الكاتب، وغير واحد: أنه إنما لها بعد البناء ربع دينار، كالتي غرت من نفسها، وتزوجت في العدة، ورجع عليها بالصداق؛ إلا بالربع. زاد عبد الحق: إلا أن تعذر بسبب ما مما يسقط كونها غارة؛ فلا يرجع عليها بشيء. وقال اللخمي: أو يكون الزوج عالمًا، فيكون لها الصداق إذا وقع الدخول.

وحمل ابن عبد السلام قول المصنف: (ولها المُسَمَّى بَعْدَهُ) على ما إذا لم تكن عالمة، قالوا: أما إن كانت عالمة حين العقد، فيسقط جميع المسمى، إلا ربع دينار، إن لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالمًا، وكانت كالغارة، قالوا: ولها ربع دينار، وعلى هذا فيحمل كلام ابن الكاتب، وغيره على ما إذا كانت عالمة حين العقد، وكلام

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٥/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣٠/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٥/٦، ومنح الجليل: ٢٥/٩.

المصنف على ما إذا لم تكن عالمة[1].

(ص): (وإنِ ادَّعاهُ، فأَنكَرَتْ أَخَذَ بإقرارِهِ، ولها نِصْفُهُ)

(ش): (أخَذ بإقرارِهِ)، أي: يفرق بينهما؛ لإقراره بذلك، كالطلاق، فلذلك كان لها نصفه، إن كان إقراره بذلك قبل البناء، وجميعه إن كان ذلك بعده.

(ص): (فإنِ ادَّعَتْ، فأَنكَرَهُ، لم يَنْدَفِعْ، ولا تَقْدِرُ على طَلَبِ المَهْرِ قَبلَ الدُّخولِ)

(ش): يعني: وإن ادعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع، وأنكر ذلك الزوج، لم يسمع منها ذلك؛ لأنها تتهم على فسخ النكاح، فلا يفسخ، وهو معنى قوله: (لم يندفع، ولا تقدر على طلب المهر)، ولا شيء منه قبل البناء؛ لإقرارها بفساد العقد.

(ص): (فإنْ قامَتْ بَيِّنَةٌ على إقرارِهِما قَبْلَ العَقْدِ حُكِمَ عليهما)

(ش): هكذا في "المدونة". ولا فرق بين أن يدعي ذلك أحد الزوجين، أو لا يدعيه، وقامت البينة على وجه الاحتساب، ولا إشكال إن قامت البينة على إقرار الرجل، لأن إقراره بعد العقد كافٍ في وجوب التفرقة، فأحرى هنا، ولهذا سقط الصداق عنه هنا مع قيام البينة، بخلاف ما لو لم تقم، وأما إن قامت على إقرار المرأة، فيجب قبول قولها؛ لأن المانع من قبوله مفقود، وهو تهمتها على فسخ النكاح.

(ص): (وإقرارُ الأبوَينِ قَبْلَ النِّكاحِ كإقرارِهِما، ولا يُقْبَلُ بَعْدَهُ)

(ش): يعني: أن إقرار مجموع أبوي الزوجين كإقرار الزوجين، وسيتكلم على ما إذا أقر أحد الأبوين، وقوله: (كإقرارهما)، أي: ويفسخ النكاح. ابن حبيب: وعلى هذا اجتمع مالك، وأصحابه، فاما بعد الدخول فلا يقبل؛ إلا أنه يتنزه عنها[2].

(ص): (ويَثْبُتُ الرَّضَاعُ بشاهدينِ، أو بامرأتينِ إن كانَ فاشيًا مِن قولِهما قَبْلَ العَقْدِ، وإلا لم يَثْبُتْ على المشهورِ....)

(ش): يعني: ويثبت الرضاع بشاهدين، ولا خلاف في ذلك، وبامرأتين؛ لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها غالبًا إلا النساء[3].

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه متفق على ذلك. وقد صرح بذلك غير واحد. ونقل بعضهم، عن ابن الجهم: أنه لا يقبل في ذلك إلا أربع نسوة[4].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦١، المدونة: ٢/٢٤، وتهذيب المدونة: ١/٤١٣.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٤، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٧.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٥٩، وبلغة السالك: ٢/٤٥٠، وما بعدها.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٠.

وقوله: (إنْ كانَ فاشيًا مِن قولِهما): عائد على المرأتين فقط، وأما الرجلان فلا يشترط فيهما ذلك.

قوله: (وإلا)، أي: وإن لم يكن فاشيًا لم يقبل قولهما على المشهور[1].

والمشهور مذهب "المدونة". والشاذ لمطرف، وابن وهب، وابن الماجشون، وابن نافع، وأصبغ.

اللخمي: وهو أبين. وقد يكون سكوتهما؛ لأنه لم يحتج إلى شهادتهما، فلو توجه الأداء عليهما لشهدتا؛ إلا أن ينعقد النكاح بحضرتهما ولم ينكرا. وقال غيره: الأول أصح؛ لأن من شأن النساء التحدث بمثل ذلك، فإن لم يسمع ذلك منهما إلا بعد العقد كان ذلك تهمة توجب رد شهادتهما.

(ص): (والرَّجُلُ والمرأةُ مِثلُهما)

(ش): أي: يشترط الفشو على المشهور. واختلف الشيوخ: هل يشترط العدالة مع الفشو، أو إنما تشترط مع عدم الفشو؟ على مذهبين، وإلى الثاني ذهب صاحب "البيان"، والأول مقتضى كلام اللخمي. ابن عبد السلام: وهو ظاهر إطلاقاتهم.

(ص): (وفي الواحدةِ فاشِيًا مِن قولِهِما قولانِ)

(ش): المشهور عدم القبول، ويستحب التنزه، وهو مذهب "المدونة"، والقول بالقبول أيضا لمالك، ورأى أيضا أن الفشو يقوم مقام شاهد آخر[2].

(ص): (وفي انفرادِ أُمِّ أَحَدِ الزَّوجَينِ، أو أَبِيهِ، إذا لَمْ يَتَوَلَّ العَقْدَ، قولانِ)

(ش): تصور كلامه ظاهر، ومراده: إذا أقر بذلك قبل العقد، وإلا فقد تقدم أنه لا يقبل إقرارهما معا بعده. وما ذكره المصنف نحوه في ابن بشير، وابن شاس، قالا: واختلف في أم الزوج، أو الزوجة: هل هي كالأجنبية في هذا، أو أرفع، فتقع الفرقة بقولها؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها، ولنفي التهمة[3].

وكذلك اختلف في أب الزوجة، أو الزوج: هل هو كالأجنبي؟ وذلك إذا لم يكن هو متولٍّ عقد النكاح، فإن كان متوليه كان كالزوج، أو الزوجة، وإذا أخبر، ثم تولاه، فسخ، فإن لم يفسخ حتى كبر الولد، وصار الحكم إليه، فهل يفسخ نظرًا إلى توليه، أو

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٨، وحاشية الصاوي: ٦/٣٤، والتلقين: ١/٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٩، وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/١٢٣، وما بعدها.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ١/١٥٧، والكافي: ٢/٦٢٤، وشرح الخرشي: ١٣/٢٢٨.

لا يفسخ، ويكون شاهدًا نظرًا إلى الحال؟ فيه خلاف.

ومذهب "المدونة" التفرقة بين إقرار الأب والأم؛ ففيها: وإذا قال الأب: رضع فلان، أو فلانة مع ابني الصغير، أو مع ابنتي. ثم قال: أردت الاعتذار. لم يقبل منه، وإن تناكحا فرق السلطان بينهما. وفيها: وإن قالت الأم لرجل: أرضعتك مع ابنتي. ثم قالت: كنت كاذبة، أو معتذرة. لم يقبل قولها الثاني، ولا أحب له أن يتزوجها.

أبو محمد: فإن تزوجها لم يفرق القاضي بينهما، فانظر كيف فرق بين إقرار الأب، وإقرار الأم.

ونقل ابن حبيب، عن مالك عدم التفرقة، فقال ما نقله اللخمي، عنه، قال مالك، وأصحابه: إذا قالت ذلك في ابنتها، أو ابنها، أو قاله الأب في ولده: أن التفرقة تقع بينهما بذلك، ويحكم بالفراق إذ قالوه قبل النكاح. وقال الشيخ أبو إسحاق: الأقرب ما في "المدونة"؛ إلا أن تكون الأم وصية؛ أي: لأنها تصير كأنها العاقدة للنكاح فكانت كالأب[1].

عياض: وقيل: لا فرق بين أن تكون وصية، أو غيرها، بخلاف الأب. قال في "النكت": وينبغي أن يلحق الوصي بالأب؛ لأن عقد النكاح إليه، فهو كالأب.

عياض: واختلف إذا فسخ نكاحهما بقول الأب، ثم كبر الابن ورشد: هل ذلك القضاء تحريم، وكالحكم بصحة رضاعهما[2]. وهو قول غير واحد، وإنما هو حل للعقد لاعتراف عاقده وهو الأب بفساده، ولا يسري ذلك إلى تحريم النكاح فيها بعد إذا لم يثبت.

قال في "النكت": ولو كان الأب إنما قال ذلك في ابنته الثيب، أو ابنه الكبير، لم يقبل ذلك، لا يعقد عليها كرهًا، ولو قال ذلك في صغر الابنة، ثم كبرت، وصارت ثيبًا، فنكحته أمر الزوج بالفراق، ولا يقضى عليه به[3].

ابن عبد السلام: وقال بعضهم فيما إذا قال ذلك في صغر الابن، أو البنت، ثم كبرا، فنكحا، قولين: أحدهما: أنه يقضى عليه بالفراق. والثاني: أنهما يؤمران به من غير جبر. قال: وقد قيل أيضا: يدخل فيه قولان، إذا كانا كبيرين، وإن لم يتقدم له قول في

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣٥/٦، ومنح الجليل: ٢٥/٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٥/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣٠/١.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١٦١/١، المدونة: ٢٤/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٣/١.

حال صغرهما.

(ص): **(ويُسْتَحَبُّ التَّنَزُّهُ، ولوْ بأَجْنَبيَّةٍ لمْ يَفْشُ مِن قَوْلِهَا)**

(ش): يعني: أنه حيث لم توجب الشهادة الحكم بالتفرقة؛ إما لأنه قول رجل، أو امرأة، أو امرأتين، ولم يفشُ من قولهما، أو أم أحد الزوجين على القول بعدم إيجاب الفراق بذلك، فيستحب التنزه، ولو كانت الشهادة أضعف الشهادات، وهي شهادة الأجنبية التي لم يفش ذلك من قولها؛ لأن الصداق ممكن، ولا ينبغي لشخص أن يقدم إلا على فرج مقطوع بحليته؛ وفي الصحيحين: "عن عقبة بن الحارث: أنه تزوج بنتًا لأبي إهاب، فَجَاءَتْ أَمَةٌ سَوْدَاءُ، وَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا. فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَأَعْرَضَ عَنِّي. قَالَ: فَتَنَحَّيْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: كَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتْ؟"[1]، وفي رواية: "دَعْهَا عَنْكَ". ففارقها ونكحت زوجًا غيره. وقوله: "دَعْهَا". ظاهر في وجوب التفرقة، لكن قوله: "كَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتْ "؟ ظاهر في حمل ذلك على الاستحباب.

(ص): **(ويُعْتَبَرُ رَضَاعُ الكُفْرِ بَعْدَ الإسْلامِ)**

(ش): يعني: كالنسب، فكما أن النسب لا يرتفع بالإسلام، فكذلك الرضاع، ولا خلاف فيه[2].

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٦٥٩).

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٤/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٧/١٠.

كتاب النفقات

(ص): (**النَّفَقَاتُ: وهيَ بِنِكاحٍ، وقَرَابَةٍ، ومِلْكٍ**)

(ش): يعني: أن أسباب وجوب النفقة ثلاثة. وبقى رابع، وهو الالتزام، وسكت عنه لكونه إنما أراد: ما تجب به في أصل الشرع[1].

(ص): (**فَتَجِبُ في النِّكاحِ بالدُّخولِ، أو بأَنْ يُبْتَغَي مِنْهُ الدُّخولُ، ولَيسَ أحدُهما مَريضًا مَرَضَ السِّيَاقِ، وبِمَا يَجِبُ بِهِ الصَّدَاقُ....**)

(ش): الأصل في الوجوب ما في الصحيحين من حديث هند بنت عتبة، أنها قالت: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لا يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَيَكْفِي بَنِيَّ، إلا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ جناح؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: "خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي ولدك"[2].

وفي الصحيح، من حديث أبي هريرة: أنه عليه الصلاة والسلام قال: "أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ"[3]، (تقول المرأة: إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني. ويقول العبد: أطعمني واستعملني. ويقول الولد: أطعمني إلى من تدعني). قالوا: يا أبا هريرة هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته؟ قال: (لا، هذا من كيس أبي هريرة). وقال النسائي في هذا الحديث: "ابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ. فَقِيلَ: مَنْ أَعُولُ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: "امْرَأَتُكَ تَقُولُ: أَطْعِمْنِي، أو فَارِقْنِي. وخَادِمُكَ تَقُولُ: أَطْعِمْنِي، وَاسْتَعْمِلْنِي. وَوَلَدُكَ يَقُولُ: إِلَى مَنْ تَتْرُكُنِي؟"[4].

وقوله: (أو بأن يُبتغَى منه الدخولُ)، يعني: أن النفقة تجب بأحد وجهين: إما بالدخول، وإما بأن يدعى إلى الدخول، وكل واحد منهما صحيح، أو مريض مرضًا لا يبلغ حد السياق[5].

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦٠، وبلغة السالك: ٢/٤٦٠.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٧١٥).

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (١٤٢٦ و١٤٢٨ و٥٣٥٥) ومسلم، برقم (١٠٣٧).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٠٤٣٧) بسند صحيح.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

واعلم أن المرض على ثلاثة أقسام: إن كانت مريضة يمكن منها الاستمتاع وجبت لها النفقة، وإن بلغت حد السياق لم تجب، وإن لم تبلغ حد السياق، ولم يمكن منها الاستمتاع، فمذهب "المدونة" الوجوب، ومذهب سحنون في "السليمانية " عدمه كالصغيرة. اللخمي: وهو أحسن، وهو المفهوم من قول مالك.

وكلام المصنف جارٍ على مذهب "المدونة"؛ لأن قوله: (وليس أحدهما مريضا مرض السياق) يقتضي أن أحدهما إن كان مريضا مرض السياق، لا نفقة عليه، ويقتضي أن ما دون ذلك لا يمنع النفقة[1].

ابن عبد السلام: وأنكر بعض المتأخرين، عن اللخمي حكاية الخلاف في القسم الثالث. وقد ذكر ابن الحارث الخلاف، كما ذكره اللخمي، وليس قوله: (وبما يجب به الصداق) سببا ثالثا، لوجوب نفقة الزوجة، وإنما هو من تمام السبب الثاني؛ إذ لا يكفي الدعاء إلى الدخول مع السلامة من المرض، بل حتى يكون الزوج بالغا على المشهور، ومطيقا للوطء على الشاذ، وأن تكون هي مطيقة للوطء.

وفهم من كلام المصنف أن النفقة لا تجب بمجرد العقد، وهو المشهور، وفهم جماعة من (كتاب الزكاة) الثاني من "المدونة" وجوب نفقة الزوجة بعقد النكاح، وجعلوه خلافا لما في النكاح. وحكى صاحب " الطرر"، وغيره، عن سحنون التفرقة بين ذات الأب، واليتيمة، فتجب لليتيمة بالعقد دون ذات الأب.

(ص): **(وتُعْتَبَرُ بِحَالِ الزَّوْجِ، والزَّوْجَةِ، والبَلَدِ، والسِّعْرِ اتِّفَاقًا)**

(ش): يعني: أن الاعتبار في النفقة بحال الزوج والزوجة في العسر واليسر، وكذلك أيضا يعتبر البلد، والسعر؛ إذ ليس بلد الجدب كبلد الخصب، وليس زمان الرخاء كزمان الغلاء، فإن الناس يقنعون بالقليل في زمن الغلاء، بخلاف الرخص، وقد يقال: الاتفاق الذي حكاه المصنف منقوض بما سيأتي لابن القاسم: أنه لا يلزم الحرير مطلقًا، وإن كانت عادتهم. فانظره، إلا أن يقال: كلامه هنا إنما هو بالنسبة إلى النفقة.

(ص): **(وإنْ وَقَعَ خِلافٌ، فَلِتَغَيُّرِهِ)**

(ش): يعني: أن ما وقع في المذهب من الخلاف في قدر النفقة، وشبه ذلك، فإنما هو لتغير حال البلد، أو السعر. وفي بعض النسخ: (فلغيره)، وليست بجيده؛ لأنه ليس

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٩/١، وحاشية الصاوي: ٣٥/٦، والتلقين: ٤١/١.

الخلاف لغير المذكور، بل لما ذكر[١].

ويحتمل ضمير (فلتغيره) أن يعود على المتقدم، ويحتمل عوده على البلد، ألا ترى قوله: (وقَدَّرَ مالكٌ.... إلخ). ابن راشد: ويحتمل أن يعود على الحال؛ أي: ليس في المذهب خلاف في اعتبار حال الزوج والزوجة.

ويحتمل أن يعود على السعر، وهو عندي أصوب؛ لقوله: (وقدَّرَ مالكٌ المُدَّ في اليوم.... إلخ)، قال: ولكن ما ذكره من اعتبار حال الزوج يشكل بالمرأة الأكولة جدًّا، فإن الواجب عليها أن يشبعها، أو يفارقها، فإذا كانت المرأة تأكل ربية، وحاله مدًّا ومُدَّين، فأين اعتبار حاله. وإنما ذكر ما هو الغالب، أما لو استأجر أجيرا بطعامه، فظهر أكولا، ففي "المبسوط": له أن يفسخ الإجارة؛ لأنه كعيب وجده؛ إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط، فليس عليه أن يجبره على ذلك؛ لئلا يضر به. بعض الأصحاب: ويحتمل أن يعطيه طعامًا وسطًا كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما، فأتي بهما عظيمين، فلا يلزمه حملهما، ويأتي بالوسط، وفيه نظر؛ لأن المحمول لا يتعين؛ فلذلك ألزم فيه بالوسط.

(ص): (**وقَدَّرَ مالكٌ المُدَّ فِي اليَوْمِ، وَقَدَّرَ ابنُ القاسمِ، ويبتين ونِصْفًا في الشَّهْرِ إِلَى ثلاثةٍ؛ لأنَّ مالكًا بالمَدِينةِ، وابنُ القاسمِ بمِصرَ، وقال: إنْ أَكَلَ الناسُ الشَّعيرَ أكلتْهُ....**)

(ش): هذا تمثيل للخلاف الواقع لاختلاف البلد، أو السعر، والمراد بالمد هنا: المد الهشامي، وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي، وكان أميرًا بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك، كانت المرأة تأتيه ليفرض لها النفقة، فكان يستقل أن يفرض لها بالمد الأصغر، فرأى الزيادة عليه، فزاد، ثم زاد، ثم جمعه، وجعله مدا، وتبعه على ذلك حكام المدينة، وبلغ ذلك مالكا، فاستحسنه لما كان هو غالب أقواتهم.

ابن حبيب، وغيره: وفي الويبة اثنان وعشرون مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم.

وقوله: (لأن مالكا...إلخ): بيان للوجه الذي قاله كل منهما؛ لتوسع أهل مصر، واقتصار أهل المدينة على القليل.

وقوله: (ولو أكل الناسُ الشعيرَ.... إلخ) تصوره ظاهر.

(ص): (**وأَمْرُ الإدامِ كذلك، ولا يُفْرَضُ مِثْلُ العَسَلِ، والسَّمْنِ، والحَالُومِ، والفاكهةِ،**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١٠، وإرشاد السالك: ١/١٢٥.

ويُفرَضُ الخَلُّ، والزَّيتُ، والحَطَبُ، والماءُ، والمِلْحُ، واللَّحْمُ المَرَّةَ بَعْدَ المَرَّةِ، قال: وليَسَ المُرضِعُ كغيرِها، فَتُزَاد ما تَتقوَّى به....)

(ش): (كذلك): أي: فيعتبر بحال الرجل والمرأة والسعر والبلد. ابن حبيب: ولا يفرض لها فاكهة، ولا عسل، ولا جبن، ولا طير، ونحوه. نقله اللخمي، عن محمد؛ إلا أنه لم ينص على عدم فرض الفاكهة[1]. قال: وقول ابن حبيب: لا تفرض فاكهة؛ يحسن في المتوسط، لا في ذي اليسار. وزاد ابن شاس، عنه بعد قوله: ولا فاكهة: لا خضراء، ولا يابسة، ولا القطنية، ولا ما أشبه ذلك؛ ويفرض الخل والزيت للأكل والوقيد، والماء للشرب والغسل والوضوء.

وقوله: (واللحم المرة بعد المرة)، قالوا: ولا يفرض كل يوم.

وقوله: (وليس المرضع كغيرها)، أي: فتزاد بحسب الحال.

فرعان

الأول: لو أراد الرجل أن تأكل معه المرأة، ولم ترضَ المرأة إلا بالفرض، فالقول قولها. نص عليه غير واحد. وكذلك أيضا تضم نفقة بنيه الأصاغر إلى نفقتها، إلا أن يكون مقلا، فلا تضم نفقتهم معها، وينفق على ولده بقدر طاقته، وإلا فهم من فقراء المسلمين، ولا يفرق بينهم وبين أمهم وجد ما ينفق عليهم أم لا. قاله المتيطي.

الثاني: لو مرضت المرأة، فقل أكلها، أو خرجت قليلة الأكل، وطلبت قوتا كاملا، فهل يقضي لها به، أم لا يقضي لها إلا بكفايتها؟

أبو عمران: يقضي بالوسط، وتصرف الباقي فيما أحبت. وتردد في ذلك ابن سهل، وقال المتيطي: الصواب عندي: أنه لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل، وذلك أحق في المريضة من الصحيحة؛ إذ النفقة في مقابلة الاستمتاع. ابن راشد: وليس لمالك فيها نص[2].

(ص): **(وأمْرُ الكِسْوَةِ كذلك)**

(ش): أي: فيرجع أيضا في جنسها وقدرها إلى حالها، وحاله في النفقة، ويعتبر أيضا الزمان والمكان[3].

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٠، والكافي: ٢/٦٢٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٦، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٦، ومنح الجليل: ٩/٢٨.

(ص): (**مِمَّا يَصلُح للشِّتاءِ والصَّيفِ مِن قَمِيصٍ، وجُبَّةٍ، وخِمارٍ، ومِقْنَعةٍ، وإزارٍ، وشِبْهِه مِمَّا لا غَناءَ عنه، وغِطاءٍ، ووِطاءٍ، ووِسادةٍ، وسَريرٍ، إن احتيجَ إليه لِعَقارِيبَ، أو بَرَاغِيثَ، أو فِئْرَانٍ....**)

(**ش**): تصوره واضح. وذكر ابن حبيب أكثر مما قاله المصنف على حسب ما اقتضته بلاده، كالفرو، واللفافة.

وقوله: (وإزارٍ): يحتمل أن يريد به: ما تشده في وسطها، ويحتمل أن يريد به: ما تتأزر به في خروجها، فيؤخذ من كلامه: أنه يفرض عليه الإزار للخروج.

وفي اللخمي: ويختلف في ثياب خروجها، كالثياب التي جرت العادة أن تخرج بها والملحفة، والظاهر من المذهب لا شيء لها، وقال في "المبسوط": يفرض على الغني ثياب خروجها.

ابن حبيب: وعليه حصير من حلفاء، أو بردي، يكون تحت الفراش، وينبغي أن يرجع إلى العرف في جميع هذه الأشياء[1].

(ص): (**قال أشهبُ: ومنهنَّ لو كَسَاها الصُّوفَ أَنْصَفَ، وأُخرى لو كَسَاها الصُّوفَ أُدِّبَ**)

(**ش**): هذا ظاهر، لأن حكم الكسوة يختلف باختلاف أحوال الزوجات.

(ص): (**قال مالكٌ: ولا يَلْزَمُهُ الحَريرُ. فعَمَّمَهُ ابنُ القاسمِ، وتَأَوَّلَهُ ابنُ القَصَّارِ لِلْمَدَنِيَّةِ لِقَنَاعَتِهِمْ....**)

(**ش**): تأويل ابن القصار هو الصواب عند جماعة من الشيوخ.

(ص): (**والأَصْلُ أَنَّ ما هو مُحتاجٌ إليه يُفْرَضُ، وما هو زيادةٌ في معنى السَّرَفِ لا يُفْرَضُ، وما هو مِنَ التَّوَسُّعِ بالنِّسْبَةِ إليها، ولكنَّهُ عادَتُها فيه قولانِ....**)

(**ش**): هذا الضابط الذي ذكره المصنف لابن بشير، ومن أمثلة ما هو من التوسع بالنسبة إليها، ولكنه عادتها: الحرير[2].

(ص): (**قال عبدُ الملِكِ: ولا يَلزَمُهُ ما هو مِن شُورَتِها التي هي مِن صَدَاقِها مِن مَلْبَسٍ وغِطاءٍ، ووِطاءٍ، وله عليها الاستمتاعُ معها به....**)

(**ش**): ما ذكره عن عبد الملك قاله ابن حبيب، وجماعة من الشيوخ أيضا، وهو

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٢/١، المدونة: ٢٥/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٠.

جارٍ على المشهور: أن المرأة يلزمها أن تجهز بصداقها. وأما على الشاذ: فلا.

ابن حبيب: وإن طال العهد، وخلقت الشورة، أو لم يكن في صداقها ما تتشور به، فعليه الوسط من ذلك لما يصلح للشتاء والصيف. وكذلك قال أصبغ بفرض الوسط لمن لا شورة لها.

(ص): **(ولها من الزِّينةِ ما تَسْتَضِرُّ بتركِه كالكُحْلِ المُعْتَادِ، والحِنَّاءِ، والدُّهْنِ لِمُعْتَادَتِهِ، ونَفَى ابنُ القاسمِ المُكْحُلَةَ)**

(**ش**): هو ظاهر التصور. ابن المواز: وعليه الحناء لرأسها. ابن حبيب: وعليه دهن رأسها، ويسير حناء، ومشط، وكحل.

وروى ابن المواز، عن ابن القاسم: ليس عليه نضوح، ولا صباغ، ولا مشط، ولا مكحلة. وروى يحيى بن يحيى، عن ابن وهب: لها الحناء لرأسها، وليس عليه الطيب، والزعفران، وخضاب اليدين، والرجلين؛ إلا أن يشاء.

الباجي: ومعنى ذلك عندي: أنه ليس عليه من زينتها، إلا ما تستضر بتركه، كالكحل الذي يضر تركه من تعتاده، والمشط بالحناء، والدهن لمن اعتاد ذلك؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر، ويمزقه. والذي نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة، ولم ينفِ الكحل نفسه، فتضمن القولان: أن الكحل يلزمه دون المكحلة، وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها[1].

(ص): **(ولا يَلْزَمُهُ دَوَاءٌ، ولا أُجْرَةُ حَجَّامٍ)**

(**ش**): هذا أكثر نصوصهم، وهو قول ابن حبيب، ونقل ابن زرقون، عن ابن حبيب محمد بن عبد الحكم: أنه يلزمه أجر الطبيب والمداواة[2]. وهو الظاهر.

(ص): **(بخلافِ أُجْرَةِ القابلَةِ لِلْوَلَدِ على الأصَحِّ)**

(**ش**): أي: فتلزمه، والأصح لأصبغ، وهو اختيار غير واحد؛ لأنها مما لا بد لها منه كالنفقة. ونقل المتيطي، وغيره قولا: أن الأجرة كلها على المرأة. وقال محمد: إن كانت المنفعة للمرأة فعليها، وإن كانت للولد فعلى الأب، وإن كانت لهما فذلك بينهما. ويمكن أن يكون مراد المصنف بـ (الأصح): قول محمد؛ لقوله: (للولد)، والله أعلم.

(ص): **(وأَمْرُ السُّكْنَى كذلكَ)**

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦٠، وبلغة السالك: ٢/٤٦٠.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

(ش): أي: فيقدر بحالهما، كما في النفقة، والكسوة.

(ص): **(ولها إِخْدَامُها بِكِراءٍ، أو شِرَاءٍ، إنْ كانَتْ ذَاتَ قَدْرٍ وكَانَ قَادِرًا)**

(ش): اختلف: هل يجب الإخدام على جميع الأزواج، كالنفقة، والكسوة، أو يشترط الاتساع لذلك؟ وكلام المصنف محتمل لكل منهما؛ لأنه إن أراد بالقدرة: مطلق القدرة، كان كالقول الأول، وإن أراد بالقدرة: الاتساع كان كالثاني.

وقوله: (بِكِراءٍ، أو شِراءٍ) يريد: أو ينفق على خادمها. الباجي: أو يخدمها هو بنفسه.

فرعان

الأول: فإن ادعى الزوج أنه غير مستطيع للإخدام، ففي كون القول قوله، أو قولها، قولان حكاهما صاحب " الطرر".

الثاني: إذا عجز عن الإخدام، وقدر على النفقة، والكسوة، ففي "البيان": المشهور: أنه لا يطلق عليه بذلك. وروى المغيرة، عن ابن الماجشون: أنه يطلق به عليه. قال الجوهري: والخادم ما يقوم بأمرها مما يليق بمثلها[1].

(ص): **(وفي إلزامِهِ أكثَرَ مِن خَادِمٍ في الرَّفِيعةِ ثالِثُها: إنْ طالَبَها بأحوالِ المُلُوكِيَّةِ لَزِمَهُ....)**

(ش): القول باللزوم لمالك، وابن القاسم، ومقابله لابن القاسم في "الموازية"، وقاله أصبغ، والثالث ذكره ابن بشير[2].

قال ابن راشد: وجعله إسحاق بن إبراهيم، على ما نقله عنه ابن مزين، تفسيرًا للأول، والأظهر الأول، وعندنا بمصر من يحتاج إلى خدام كثيرة.

(ص): **(فإنْ كانَ لها خادمٌ، واختارَتْ بَقَاءَها، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُها)**

(ش): هكذا قال مالك، وابن القاسم: إنها إن طلبت الإنفاق على خادمها دون خادمه: أن القول قولها.

ابن شاس: إلا أن تضمر ريبة. قيل: ولا يكون القول قوله بمجرد دعواه ذلك؛ إلا أن يأتي ببينة على قوله، أو يعرف ذلك جيرانه.

(ص): **(فإنْ لَمْ تكنْ أهلا للخادمِ، أوْ كانَ فقيرًا، فعليها الخِدمةُ الباطِنةُ مِن عَجْنٍ،**

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٤٨٩/١، وحاشية الصاوي: ٣٥/٦، والتلقين: ٤١/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢١٠/٦، وإرشاد السالك: ١٢٥/١.

وكَنْسٍ، وفَرْشٍ، بخلافِ النَّسْجِ، والغَزْلِ، وشِبْهِه....)

(ش): تصوره ظاهر. ابن شاس: وكذلك عليها الطبخ، واستقاء الماء إن كان معها في الدار، وإن كانت ببلد عادتهم استقاء الماء فعليها ذلك، وإن كان ليس عادتهم استسقاء قال في "البيان": إلا أن يكون الزوج من أشراف الناس الذين لا يمتهنون أزواجهم في الخدمة، فعليه الإخدام، وإن لم تكن زوجته من ذوات الأقدار.

ابن خويزمنداد: وعلى المرأة أن تخدم خدمة مثلها، فإن كانت ذات قدر فخدمتها الأمر والنهي في مصالح البيت، وإن كان دنية فعليها خدمة البيت[1].

وقوله: (بخلاف النسج والغسل) يريد: والخياطة، ونحوها؛ لأنه ليس من خدمة البيت، وإنما هو من أنواع التكسب، وليس عليها أن تتكسب؛ إلا أن تتطوع به[2].

فرع

للزوج أن يمنع زوجته من أكل الثوم، والكرات، وكل ما له رائحة كريهة، وله منعها من الغزل، ونحوه، نقله ابن راشد[3].

(ص): **(وليسَ للزوجِ منعُ أبَوَيِ المرأةِ، ووَلَدِها مِن غيرِه، أن يَدْخُلُوا إليها، وإنْ حَلَفَ أُحْنِثَ)**

(ش): إنما لم يكن له منع أبويها وولدها من غيره من الدخول إليها؛ لأن العادة تقتضي الدخول إليها، والتزاور، وقد ندب الشرع إلى ذلك التزاور، فإن اتهمهما في إفسادها زاراها في كل جمعة مرة بأمينة تحضر معهما لئلا يَخْلُوَا بها. وفي "المتيطية": إذا كان للمرأة أولاد من غيره قضى للأصاغر بالدخول عليها في كل يوم، وللكبار في كل جمعة.

وظاهر قوله: (وإنْ حلَفَ أُحنِث): أنه يحنث بمجرد حلفه ألا يدخلوا إليها، وهو قول مالك في سماع أشهب. وقال ابن حبيب: لا يحنث حتى يحلف ألا يدخلوا إليها، ولا تخرج إليهم، وينبغي أن يكون الحال في الولد أشد، ولا سيما مع صغر السن، فإن حلف على أبويها ألا يدخلا ولا تخرج إليهما، فقيل: يجبر على تحنيثه بأي الأمرين شاء، إما بدخولهما إليها، وإما بخروجها إليهما. وقيل: يجبر على الدخول، أو الخروج،

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٠، والكافي: ٢/٦٢٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣٠.
(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٦، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣١.
(٣) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٦، ومنح الجليل: ٩/٢٨.

ولا يحنث حتى يزيد في يمينه، ولو حكم عليه حاكم، وهما على الخلاف في إكراه القاضي هل يمنع من الحنث، أم لا؟

(ص): (**ولو حلَف على منْعِها هي مِن الخُروجِ لم يُحَنَّثْ**)

(**ش**): إنما لم يحنث هنا؛ لأنه حلف على من له عليه الحكم، بخلاف ما سبق.

(ص): (**ولا ينبغي أن يمنعَها مِن الخروجِ إليهِما في لَوَازِمِ الحُقوقِ، ولو حلَف على ذلك لمْ يُحَنَّثْ....**)

(**ش**): هذه المسألة لم تثبت في كل النسخ، وسقطت من نسخة ابن عبد السلام، وثبتت في نسخة ابن راشد، فقال: يريد ما قاله مالك: أرى أن يقضى عليه بأن تشهد جنازة أبيها وأمها، وتزورهما في الأمر الذي فيه الصلاح والصلة، وأما الحمام، والجنائز، فلا أرى عليه ذلك[1].

وتحقيق المذهب: أن المرأة إذا أرادت الخروج إلى أبيها وأمها، فإن كانت متجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارتهما، وإن كانت شابة، وهي غير مأمونة، فلا خلاف أنه لا يقضى لها بذلك، ولا إلى الحج. كذا رواه ابن عبد الحكم، عن مالك، وإن كانت مأمونة فقولان: أحدهما: أنه يقضى عليه بذلك، والآخر: أنه لا يقضى حتى يمنعها من الخروج إليهم، ويمنعهم من الدخول إليها، فحينئذ يقضى عليه بأحدهما.

قال ابن حبيب: والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت أنها غير مأمونة، وعلى هذا فقول المصنف: (فلو حلف على ذلك، لم يُحنَّث)؛ ليس على إطلاقه.

فرعان

الأول: قال مالك في "العتبية": ليس للرجل أن يسكن أولاده من امرأة مع امرأة له أخرى، ولا يجمعهم في مسكن واحد؛ إلا أن ترضى.

مالك: وليس له أن يُسكن معها أبويه؛ إلا برضاها. قال في "البيان": لما عليها من الضرر من اطلاعهم على أمرها، وما تريد أن تستره عنهم من شأنها. وقال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة، فتقول: إن أهلك يؤذونني، فأخرجهم عني، أو أخرجني عنهم: رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها صداقها قليلا، وتكون وضيعة القدر، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها، وفي المنزل سعة، فأما

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٢/١، المدونة: ٢٥/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٥/١.

ذات القدر فلا بد له أن يعزلها عنهم، وإن حلف ألا يعزلها أحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه. قال في "البيان": وليس قول ابن الماجشون عندي خلافا لمذهب مالك.

الثاني: إذا كان للمرأة أولاد من غير زوجها، وأراد إخراجهم عنه، وأبت ذلك، فإن لم يكن لأولادها من يحضنهم فليس للزوج إخراجهم، وليس له إلا البقاء معهم، أو التطليق، علم بهم أو لم يعلم. وإن كان للأولاد من يحضنهم، فإن لم يعلم الزوج بهم، فلا يلزمه أن يكونوا معه، وله إخراجهم، وكذلك إذا علم بهم، وأبى من البناء بها لأجلهم، وأما إن علم بهم وبنى بالأم، وهو عالم أن لها ولدًا، ثم أراد إزالته عنها ففي ذلك قولان، ظاهر ما في "العتبية": أنه ليس له إزالته، وقال ابن الماجشون: له ذلك.

(ص): **(ويَجوزُ أنْ تُعطَى عن جَميعِ لوَازِمِها ثَمَنًا؛ إلا الطَّعَامَ ففيهِ قولانِ)**

(ش): ظاهره: أن الذي على الزوج في الأصل هو ما يفرض للمرأة، لا ثمنه، وأن للزوج أن يعطي الثمن عن ذلك، وهو ظاهر المذهب. وقال ابن وهب: هو بالخيار، إن شاء فرض ذلك، وإن شاء فرض ثمنه، واستشكله عياض، وقال: القياس ألا يكون له دفع الثمن؛ إلا برضاها؛ لأنه إنما هو وجب عليه طعام وكسوة، ولم تجب عليه قيمة، فلا يلزم الزوج غيرذلك، وكذلك لا يلزمها قبول الثمن لما يلزمها من مؤنة تكليف الشراء، وقد تختلف الأثمان بارتفاع الأسواق، فيضر ذلك بها[1].

وحكى أبو الحسن في المسألة أربعة أقوال: قيل: يفرض الثمن. وقيل: العين. وقيل: إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأثمان، وإن كانت مما لا يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأعيان. وقيل: الإمام مخير بين أن يفرض لها الأثمان، أو الأعيان. وأخذ من المدونة من قوله: إن للرجل أن يحاسب امرأته بدينه الذي له عليها من نفقتها: أنه إن شاء دفع النفقة عينًا لم يجبر على غير ذلك[2].

وقوله: (إلا الطعامَ ففيهِ قولانِ)، منشأهما: هل تحريم بيع الطعام قبل قبضه غير معلل فيمنع، أو معلل بالغيبة فيجوز، لأنها مفقودة بين الزوجين؟

(ص): **(وتقديرُ زمانِ النفقةِ على حالِ الزوجِ، فقدْ يكونُ باليومِ، أو بالجُمعةِ، أو بالشهرِ، وقدْ يكونُ بخُبْزِ السُّوقِ....)**

(ش): لأن من الناس من يكون رزقه باليوم كالصناع، والأجراء، فيفرض عليهم به،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٠.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦٠/٣، وبلغة السالك: ٤٦٠/٢.

ومنهم من يكون بالجمعة فيفرض عليهم بها، ومنهم من يكون بالشهر فيفرض عليهم به، وأجاز ابن القاسم أن يفرض بالسنة، ومنع ذلك سحنون لحوالة الأسواق، وقد يكون بخبز السوق؛ لأن بعض الناس لا يقدر إلا على ذلك.

اللخمي: وأما الكسوة فتفرض مرتين في الشتاء والصيف؛ لأنها مما لا يتبعض، وتكون بالشهر، والأيام، وكذلك الغطاء، والوطاء[١].

(ص): **(وتَضْمَنُها بالقَبْضِ، وكذلك نفقةُ وَلَدِها)**

(ش): يعني: أن المرأة إذا قبضت نفقة مدة مستقبلة، فضمانها لو هلكت منها، وسواء قامت لها البينة على الضياع، أم لا. هذا ظاهر "المدونة"، ونص " الموازية".

وخرج اللخمي قولا بسقوط الضمان، مع قيام البينة على الضياع، مما قيل في الصداق العين. ابن بشير: ولا يلزم؛ لأن الخلاف في الصداق إنما هو إذا طلق، فوجب الرجوع بنصفه، وفي المذهب قولان: هل تستحق جميعه بالعقد، أم لا؟ وأما النفقة فقد وجبت لها.

وقوله: (وكذلك نفقةُ ولدِها)، أي: تضمنها.

عياض: إلا أن تقدم لها بينة على الهلاك فلا تضمنها؛ لأنها لم تقبضها لنفسها، ولا هي متمحضة للأمانة؛ لأنها إنما أخذتها لحق ولدها، فتضمنها كالرهان والعواري، وهذا إنما هو فيما تأخذه لولدها من كسوة ونفقة للإنفاق عليهم، وأما ما تأخذه أجرة للرضاع بعد الطلاق فهو كنفقتها. ابن عبد السلام: وذكربعضهم فيما تلف مما قبضته لها ولولدها من كسوة ونفقة ببينة: ثلاثة أقوال: قيل: تضمنه. وقيل: لا تضمنه، والفرق بين ما تقبضه عن نفسها، فتضمنه، وما قبضته عن ولدها، فلا تضمنه. وقيل: كل ما تقبضه لولدها: أنها مصدقة في تلفه، وتحلف[٢].

(ص): **(ويُحاسِبُها مِن دَيْنِهِ إنْ كانَتْ مُوسِرَةً، وإلا فلا)**

(ش): يعني إذا كان له على زوجته دين، وطلبته بنفقتها، فله المقاصة، ما لم يؤدِّ ذلك إلى ضررها، كما إذا كانت فقيرة. وكذلك قال في "المدونة": قيل: ومعناه: أن دينها من نوع ما فرض عليه. وأخذ من هذه المسألة شيئان: أولهما: إلزام المتداينين المقاصة إذا دعا إليها أحدهما، وهو المشهور، وسيأتي. وثانيهما: أن للزوج دفع النفقة

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٩، وحاشية الصاوي: ٦/٣٥، والتلقين: ١/٤١.

عينًا، ولا يجبر على غير ذلك، إلا أن هذا الثاني لا يتم على تأويل من تأول أن الدين من جنس ما وجب لها عليه. والله أعلم.

(ص): (**وتَسْقُطُ النفقةُ بالنُّشُوزِ**)

(**ش**): ابن شاس: هذه هي الرواية المشهورة. وذكر ابن بشير: أن الأبهري، وغيره حكوا الإجماع عليها، وفيه نظر؛ لأن في "الموازية": أنها لا تسقط به[1].

المتيطي: وهو الأشهر. وفرق سحنون: فإن نشزت لبغضه فلها النفقة، لا إن كان لدعواها الطلاق، والسقوط هو اختيار الباجي، واللخمي، وابن يونس، وغيرهم، وهو قيد بها إذا لم تكن حاملا، نص عليه صاحب " الكافي"، وغيره.

(ص): (**وهو مَنْعُ الوَطْءِ والاستمتاعِ، أو الخُروجُ بغيرِ إذنِهِ، ولا يَقْدِرُ على ردِّها، وأمَّا القادِرُ فيتْرُكُها، فلها اتِّباعُه بالنفقة....**)

(**ش**): هذا تفسير للنشوز المسقط للنفقة، وتصوره ظاهر، و(الخروج) مرفوع بالعطف على (منع)، وكلام المصنف يقرب من كلام صاحب "الجواهر". وفي كتاب "الوقار": وإن حجبت نفسها من زوجها، وطلبت منه النفقة، فلا نفقة لها ما حجبت عنه نفسها، وإن كانت معه في منزل، فمنعته نفسها، فعليه النفقة، وعليه الاحتيال في الوصول إليها، وظاهر كلام المصنف: أنها إذا منعته الوطء فهو نشوز، وإن كانت معه في الدار.

قوله: (وأما القادرُ فيترُكها فلها اتِّباعُه بالنفقةِ): هكذا نص عليه ابن القابسي، وهو ظاهر؛ لأن النشوز حينئذ لا يتحقق؛ إذ قدرته على الرد قدرة على الاستمتاع، ولكن يؤدبها هو أو غيره على خروجها بغير إذنه.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يكون وجوب النفقة لها هنا متفقًا عليه، وهو ظاهر كلام بعضهم، على أن بعضهم عده قولا آخر للقابسي[2].

(ص): (**ولهُ السَّفَرُ بها، وإنْ كَرِهَتْ**)

(**ش**): هذا بشرط أن يكون مأمونًا عليها، وأن يكون البلد الذي يسافر إليه مأمونًا، والسفر كذلك نص عليه ابن الجلاب[3].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢١٠/٦، وإرشاد السالك: ١٢٥/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٦٠/١، والكافي: ٦٢٥/٢، وشرح الخرشي: ٢٣٠/١٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

(ص): (وتَسْقُطُ بالطَّلَاقِ البَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيّ)

(ش): سقطت بالبائن لانقطاع الزوجية، ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، والمراد: المطلقة البائن، فدل على أنه لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا، وأما الرجعي فهي في حكم الزوجة.

(ص): (والبائِنُ في السُّكْنَى، ونَفَقَةِ الحَمْلِ كالرَّجْعِيَّةِ)

(ش): للآية المتقدمة، واعلم أن أصحابنا حيث ذكروا نفقة الحمل فإنما يريدون: حمل البائن، وأما من في العصمة، والرجعية، والمتوفى عنها، فلا نفقة لحملهن، أما الأوليان فلاندراج نفقة الحمل في النفقة عليهما، وأما المتوفى عنها فحملها وارث، وحيث ما وجبت النفقة وجبت الكسوة. ابن القاسم: وإن طلبت المبتوتة الحامل الكسوة، فإن كانت في أول الحمل فذلك لها، وإن لم يبق من آخر الحمل إلا ثلاثة أشهر ونحوها قوّم ما كان يصير لتلك الشهور من الكسوة لو كسيت في أول الحمل، ثم أعطيت تلك القيمة دراهم. قال في "البيان": وقوله: إن كانت في أول الحمل فذلك لها؛ إنما هو إذا كانت الكسوة مما تبلى في مدة الحمل، وأما إن كانت مثل الفرو وشبهه، فالوجه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدة الحمل، فيعرف ما يقع للأشهر الباقية.

فروع

الأول: قال اللخمي: اختلف إذا بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرض لها: هل يكون كحكم مضى، أم لا، كالخارص يتبين خطأه، والذي أخذ دية عينه ثم برئت، فقد اختلف في ذلك[1].

الثاني: قال في (كتاب القذف) من "المدونة": قال مالك: وإن دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها، بفريضة أو بغير فريضة، ثم مات أحدهما بعد يوم، أو يومين، أو شهر، أو شهرين، فلترد النفقة بقدر ما بقي من السنة، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر، لا ترد شيئا، فقال: لا يعتدل هذا، تعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر، ثم لا تتبع بشيء[2].

الثالث: سئل ابن عتاب عن المطلقة المرضع، أو الحامل: هل لها خدمة على الزوج إن كانت عنده مخدومة قبل الطلاق؟ فقال: لا خدمة لها، وعليها خدمة نفسها.

---

(١) انظر: الاستذكار: ١٣٦/٦، ومنح الجليل: ٢٨/٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٢/١، المدونة: ٢٥/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٥/١.

قال: ويحتمل أن تزاد المرضع في الأجرة؛ لاشتغالها بالولد، وما تتكلفه من مؤنته.

أبو الأصبغ: وفي "المدونة" في الحامل والمحضونين خلاف ما ذكره.

(ص): **(فلو ماتَ، فالمشهورُ وجوبُها في مالِه، ورَوَى ابنُ نافعٍ: هي والمُتوفَّى عنْها سَواءٌ)**

(ش): يعني: فلو طلَّقها زوجها طلاقًا بائنًا، فوجب لها السكنى، ثم مات عنها قبل أن تنقضي عدتها، فالمشهور لا يسقط ما وجب لها بموته؛ لأن السكنى وجبت دينًا عليه.

(ورَوَى ابنُ نافعٍ: هي والمُتوفَّى عنْها سَواءٌ): لا سكنى لها. واختار هذه الرواية يحيى بن عمر، وصاحب " البيان". وقال في "البيان": لأن السكنى لم تتقرر في ذمته، بدليل أنه لو أعسر في حياته لسقط عنه السكنى، قال: ولو كان الطلاق رجعيًّا لم يختلف في سقوط السكنى، كما تسقط النفقة لأن المرأة ترجع إلى عدة الوفاة، فلا سكنى لها، إلا أن تكون الدار للميت، أو نقد كرائها[1]. انتهى.

واختلف الشيوخ في فهم رواية ابن نافع؛ ففهمها بعضهم على أنه لا سكنى لها مطلقًا، وفهمها بعضهم على أنها لا سكنى لها حيث لا سكنى للمتوفى عنها زوجها، أعني: إذا لم تكن الدار للميت، ولا نقد كرائها، وإلا فتجب كما تجب للمتوفى عنها، وهو ظاهر لفظ التسوية المذكورة في الرواية. ومن فهمها على الوجه الأول عد التفرقة قولا ثالثًا، لأنه وقع نصًّا لابن القاسم في "المدونة".

تنبيه

ما ذكره المصنف أنه المشهور، وهو مذهب "المدونة"، نص عليه في باب نفقة المعتدات، وعارضه فضل بما في (إرخاء الستور): إذا خالع حاملا، فلزمته النفقة، ثم مات: أنها تنقطع عنها بموته. قال فضل: هذا خلاف ما له في (كتاب طلاق السنة)، وهو موافق لرواية ابن نافع. وفرق بعض القرويين بأن النفقة حق للحمل على أبيه، وبعد موت الأب، صار الحمل وارثًا، فلم تجب له نفقة في مال الميت، بخلاف السكنى فإنها حق تعلق بذمة المطلق لمطلقته، فلا يسقطها الموت كسائر الديون[2].

(ص): **(فلو كانتْ مُرضِعةً، فعليهِ معَ نفقةِ الحَمْلِ، نفقةُ الرَّضاعِ)**

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٠.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦٠/٣، وبلغة السالك: ٤٦٠/٢.

(ش): يعني: فلو كانت البائن الحامل مرضعة لزيد لها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع، وظاهره: أنها تأخذ جميع النفقتين على الكمال. وصرح في "العتبية" بذلك، قال في "البيان": لأنها لا رضاع عليها؛ إلا أن تشاء فتكون لها الأجرة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل بالذي يسقط ما وجب لها من الأجرة.

ابن عبد السلام: وقيل: إنما تأخذ نفقة واحدة. وحكى بعضهم الخلاف في ذلك مجملا، قيل: وهو دليل "المدونة" أنه ليس لها إلا نفقة الحمل وحدها، لأن في (كتاب الرضاع) منها: أن على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق في العدة ما دامت النفقة على الزوج. قال في "البيان": فذهب بعضهم إلى أن هذا مخالف لما في "العتبية"، وليس بصحيح.

(ص): (**وِلِلمُلاعِنةِ السُّكْنَى، لا نفقةُ الحَمْلِ، كالمُتوَفَّى عنْها**)

(ش): إنما وجب للملاعنة السكنى، لكونها محبوسة بسببه، كما تقدم.

وقوله: (لا نفقةُ الحَمْلِ): لأنه غير لاحق به، (كالمتوفى عنها) تشبيه في الحكم فقط، لا في سبب؛ لأن سبب عدم وجوب النفقة لحمل الملاعنة عدم لحوقه، وسبب عدم الوجوب للمتوفى عنها لأن حملها وارثًا[1].

(ص): (**ولا نفقةَ لِحَمْلِ أَمَةٍ، لأَنَّهُ رَقِيقٌ، وإِنْ كانَ الزوجُ حُرًّا**)

(ش): يعني: أن من تزوج أمة، ثم طلقها طلاقًا بائنًا، فلا نفقة لحملها سواء كان زوجها حرًّا، أو عبدًا؛ لأن حمل الأمة ملك لسيدها، ولا ينفق على عبد الغير[2].

(ص): (**ولا على عبدٍ لِحَمْلٍ، أو وَلَدٍ، وإِنْ كانتِ الزوجةُ حُرَّةً، إلا أَنْ تكونَ رَجْعِيَّةً فيهِما**)

(ش): يعني: أن العبد إذا تزوج امرأة، حرة كانت أو أمة، فطلقها بعد البناء طلاقًا بائنًا، وهي حامل، لم يكن لها نفقة لذلك الحمل، لأنه لا يجب على العبد أن ينفق على ولده؛ لأنه إتلاف لمال سيده فيما لا يعود على سيده منه منفعة، فإن أعتق العبد قبل الوضع، فإن كانت حرة أنفق على حملها، بخلاف الأمة؛ إلا أن تعتق هي أيضا. قاله في "المدونة".

وقوله: (إلا أن تكونَ رجعيَّةً فيهما)، أي: في هذا الفرع، والذي قبله؛ لأن الرجعية

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٩، وحاشية الصاوي: ٦/٣٥، والتلقين: ١/٤١.

في حكم الزوجة.

(ص): (**وتَجِبُ بِثُبُوتِ الحَمْلِ بالنِّسَاءِ**)

(**ش**): يعني: إذا شهدت امرأتان بظهور الحمل، وبتحرك الولد، وهو راجع إلى المشهور. وسمعت بعض شيوخنا يقول: إنه ثالث. ونظير هذه المسألة: هل تلاعن لظهور الحمل، أم لا؟ قال في "الجلاب": وتعطى حين يظهر حملها بحركته نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره.

(ص): (**وفي رُجوعِهِ ثالِثُها: إنْ كان بِحُكْمٍ رَجَعَ، ورابِعُها: عَكْسُهُ**)

(**ش**): أي: وإذا فرعنا على المشهور، وأنفق لظهور الحمل، ثم تبين ألا حمل، فهل يرجع بالنفقة، أم لا؟ أربعة أقوال: فالرجوع مطلقًا، قال في "البيان": وهو قول ابن الماجشون، وروايته عن مالك. واختاره ابن المواز، وغيره؛ لأنه إنما أنفق على الحمل، لا على وجه الصدقة والصلة. وعدم الرجوع مطلقا، لمالك في "الموازية". والثالث لمالك في "العتبية": إن دفع لها بحكم رجع عليها، لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت، وإن دفع بغير حكم لم يرجع؛ لأنه متطوع[1].

والرابع عكسه: ووجهه أنه مع قضاء القاضي، لو رجع عليها لكان في معنى نقض الحكم بخلاف ما إذا لم يقض، ونسبه ابن راشد لعبد الملك، قال: ورواه عن مالك.

خليل: وفيه نظر، فإن الذي لعبد الملك إنما هو القول الأول، على ما في "البيان"، وغيره: قال في "البيان": ولهذه المسألة نظائر: منها مسألة (كتاب الشفعة) من "المدونة" في الذي يثيب على الصدقة، وهو يظن أن الثواب يلزمه، ومنها مسألة (كتاب الصلح) فيها في الذي يصالح عن دم خطأ، وهو يظن أن الدية تلزمه[2].

(ص): (**وتَسقُطُ بالإعْسارِ في زمانِ وُجُوبِها، فلا تَرْجِعُ بما أنفقتْهُ في غَيْبَتِهِ، أو حُضُورِهِ**)

(**ش**): يعني: أن نفقة الزوجة لا تجب إلا بشرط الملاء، ولو كان الزوج قد دخل بزوجته، وهو مراده بقوله: (في زمانِ وُجوبِها)، ودليله قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧]، وهذا معسر لم يؤته الله شيئًا، فلا يكلف شيئًا، وإذا لم يكلف بها لم ترجع عليه بما

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢١٠/٦، وإرشاد السالك: ١٢٥/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٦٠/١، والكافي: ٦٢٥/٢، وشرح الخرشي: ٢٣٠/١٣.

أنفقت في تلك المدة.

(ص): **(بخلافِ ما أنفقتْهُ عليه مُعسِرًا، أو مُوسِرًا، كالمُنفِقِ على أجنبيٍّ؛ إلا أنْ يكونَ بمعنَى الصِّلَةِ، ولا يُقضَى بالسَّرَفِ مِن ذلك، كدَجاجٍ وخِرافٍ....)**

(ش): أي: فترجع بما أنفقته عليه ولو كان معسرا؛ إذ كأنها أسلفته، والتسلف يثبت في ذمة المعسر، فترجع عليه كما ترجع إذا أنفقت على أحنبي، إلا أن يكون بمعنى الصلة؛ أي: في الزوج والأجنبي، فلا ترجع، ولا إشكال في ذلك. وخالف اللخمي في الزوج، ورأى أنها لا ترجع بما أنفقته عليه، وإن لم تكن على وجه الصلة؛ لأن ذلك مكارمة، ولأنه قيل من قول ابن القاسم إذا أسكنته دارها، ولأنه لا ثواب بين الزوجين؛ إلا أن يشترط أو يرى ذلك[1].

وقوله: (ولا يُقضى... إلخ)، يعني: إذا وجب الرجوع لها على زوجها بما أنفقته عليه، أو على نفسها، أو ولدها، ووجب الرجوع بما أنفقته على الأجنبي، فإنها ترجع عليه بالمعتاد في حق المنفق عليه، فأما ما كان سرفا بالنسبة إليه فلا ترجع به على المنفق عليه؛ لأن المفهوم من قصد المنفق العطية؛ إلا أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد فترجع بذلك، ولم يذكروا في ذلك خلافا. وقد اختلف في مسألة مشتري الدار على أن ينفق على البائع حيلة، هل يرجع المشتري إذا فسخ البيع بالسرف، أم لا، وفرقوا بينها وبين مسألة الزوجة بأن العطية في مسألة الشراء لأجل الشراء، فترجع بها على ما هو الأصل في الهبة لأجل البيع، ولأجل النكاح[2].

ابن عبد السلام: وهذا إنما ينهض حيث تقول المرأة: قصدت الرجوع بما أنفقت. ويقول زوجها، أو الأجنبي: إنما ظننت أن النفقة على وجه الصلة؛ لم يقبل ذلك منه وقُضي لها، وأما إن اتفق المنفق والمنفق عليه أن النفقة على الرجوع، فلا يتحقق ذلك الفرق، والله أعلم.

فرعان

الأول: لا تسقط النفقة بما إذا تعذر الوطء من غير جهتها، كمرض، أو حيض، أو جنون، وكذلك لو دخل على رتقها، وكذلك إذا أذن لها في حج التطوع، وأما الفريضة، فإن النفقة لها ولو خرجت بغير إذنه، إذا خرجت مع محرم، أو رفقة مأمونة، وتكون لها

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٦/٦، ومنح الجليل: ٢٨/٩.

نفقة حضر، لا نفقة سفر[١]. ولها النفقة إذا حبست في دين؛ لأن المنع ليس من جهتها، ولا تسقط بحبس زوجها، ولو حبسته هي في حقها. حكاه ابن الجلاب، وغيره.

الثاني: قال في "المدونة": ومن أنفق على صبي صغير لم يرجع عليه بشيء، إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق.

ابن يونس: يريد: والمنفق عالم، فيرجع بما أنفق عليه في ماله، فإن تلف ذلك المال، أو كبر الصبي، فأفاد مالا، لم يرجع عليه بشيء. وزاد غيره ثلاثة شروط: أن يقول المنفق: إنما أنفقت لأرجع. ويحلف على ذلك، وأن يرجع بالمعتاد، لا بالسرف. قيل: وما ذكره هاهنا في "المدونة" مناقض لما في (كتاب تضمين الصناع) فيمن أنفق على صبي، فإذا له أب: أن يرجع على الأب بما أنفق، ولا فرق بين أن يكون للصبي مالٌ لم يعلم به المنفق، أو أب لم يعلم به المنفق.

(ص): (**فإنْ كانَ مُوسِرًا، ثُم أَعْسَرَ اسْتَقَرَّ الماضي في ذمَّتِهِ، فَرَضَه الحاكمُ أو لم يَفْرِضْهُ**)

(**ش**): يعني: **أن** الإعسار إنما يسقط نفقة زمانه فقط، ولا يسقط ما قبل ذلك، وكلامه ظاهر[٢].

(ص): (**وكذلك نفقةُ الحامِلِ**)

(**ش**): أي: تسقط بالإعسار، ولا يسقط الإعسار ما قبله.

(ص): (**والقادرُ بالكَسْبِ كالقَادِرِ بالمالِ إنْ تَكَسَّبَ، ولا يُجْبَرُ على التَّكَسُّبِ**)

(**ش**): يعني: والقادر بالكسب يجب عليه النفقة، كالقادر بالمال بشرط أن يتكسب. ويؤخذ من قوله: (كالقادر): أنه لم ينفق في زمن تكسبه: أن النفقة تستقر في ذمته، ولا يسقط الإعسار، وإذا لم يجبر الغرماء المديان على التكسب فأحرى الزوجة؛ لأن الضرر اللاحق لرب الدين أقوى من ضرر الزوجة، فإنها قادرة على رفع ضررها بالطلاق، بخلافهم، ولا يجبر على التكسب لئلا يصير كالعبد. وذهب بعض الشيوخ إلى جبر الصانع على العمل ليوفي الدين، لأنه على ذلك عومل، ولا يبعد مثله في النكاح[٣].

(ص): (**ويَثْبُتُ لها حَقُّ الفَسْخِ بالعَجْزِ عن النفقةِ الحاضرةِ، لا الماضيةِ؛ حُرَّيْنِ، أو**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٢، المدونة: ٢/٢٥، وتهذيب المدونة: ١/٤١٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٥، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٨.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦٠، وبلغة السالك: ٢/٤٦٠.

عَبْدَيْنِ، أو مُخْتَلِفَيْنِ....)

(ش): يعني: أن للمرأة إذا عجز زوجها عن النفقة عليها في الوقت الحاضر أن تفسخ، وأن تبقى معه بغير نفقة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوجان حرين، أو عبدين، أو أحدهما حر والآخر عبد. وكان لها أن تفارق لقوة ضررها، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فأشبه المعاوضة، ولا يجبر صاحب السلعة على دفع السلعة بغير ثمنها.

ابن المسيب في "المدونة": والتفريق لأجل الإعسار بالنفقة سنة.

وقوله: (لا الماضيةِ) يعني: فلا يثبت لها حق الفسخ بالنفقة الماضية، وهي كسائر الديون[1].

(ص): (ما لَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ فَقْرَهُ ورَضِيَتْ به قبْل العَقْدِ، أو عَلِمَتْ أنَّه مِن السُّؤَّالِ)

(ش): يعني: إنما يكون لها الفراق إذا لم تكن عرفت حال العقد أنه من الفقراء، أو من السؤال، وأما إن علمت ذلك فلا، وهذا قول مالك في "المبسوط". وقال في "الموازية": تطلق عليه، وإن كان حال العقد فقيرًا وعلمت بذلك. واقتصر المصنف على الأول؛ لأنها بمنزلة من علمت بعيب زوجها ورضيت به. ونص القابسي على: أنه إن كان ممن يطوف للسؤال، ثم ترك ذلك: أن لها القيام، ونحوه للخمي، قال: وكذلك أيضًا إن كان لا يسأل، وكان مقصودًا مشهورًا بالعطاء، ثم تعذر ذلك فلها أن تقدم بالطلاق. ونص ابن مغيث على أنه تقييد، وهو ظاهر[2].

(ص): (فيأمُرُه الحاكمُ بالإنفاقِ أو الطلاقِ، فإنْ أبَى طَلَّقَ عليه بَعْدَ التَّلَوُّمِ)

(ش): إنما يأمره بالإنفاق إذا لم يثبت عنده فقره، وأما إن ثبت فلا؛ إذ لا يأمره بما ثبت عنده العجز عنه، وإن أبى من الطلاق والإنفاق طلق الحاكم عليه. واختلف هل الحاكم الذي يطلق عليه، كما هو ظاهر كلامه؟ ابن عبد السلام: وهو الصحيح. أو يبيح للمرأة الإيقاع على قولين؟

ولا يمين على الرجل إن صدقته المرأة على عسره، إذ لا يحتاج إلى إقامة بينة، وأما إن لم تصدقه فلا بد من البينة على الإعسار واليمين، ثم يتلوم له القاضي على المشهور المعمول به. وقيل: تطلق عليه من غير تلوم، وعلى المشهور فاختلف في

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١٠، وإرشاد السالك: ١/١٢٥.

مقدار التلوم، وإلى ذلك أشار بقوله:

(ص): (**ورُوِيَ شَهْرٌ، ورُوِيَ ثلاثةُ أيامٍ، والصَّحيحُ: يَختلِفُ بالرَّجاءِ**)

(ش): اختلف في مقدار التلوم، فلمالك في "المبسوط": أنه اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع. ولمالك في "الواضحة": الثلاثة الأيام ونحوها. وفي "الموازية": ما علمت أنه يضرب له الأجل إلا الأيام، ولا أعلم له أجلا[١].

وقال محمد: الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشهر. وقال ابن الماجشون في "الواضحة": الشهر، والشهرين. وقال أصبغ: إن لم يطمع له بمال فالشهر إذا لم تجد هي ما تنفق، ولا يبلغ بها الشهرين إلا إذا كان لها ما تنفق. وقيل: إنه لا يتلوم له بشيء، إذا لم يكن لها ما تنفق على نفسها.

وما صححه المصنف صححه ابن عبد البر، وهو مذهب "المدونة"، قال فيها: ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له، وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة.

اللخمي: وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطاء. أشهب: ويستأنى في الكسوة الشهرين ونحوهما.

فرع

إذا مرض وسجن في خلال الأجل، فمنعه ذلك عن النظر فيما يأتيها به، فقال ابن الماجشون في "المبسوط": يزاد في الأجل بقدر ما يرى ويرتجى شيئا، وإلا طلق عليه. قال: وإن غاب مختارا طلقت عليه[٢].

(ص): (**فإنْ وَجَدَ في العِدَّةِ يَسَارًا يَقُومُ بِوَاجِبِ مِثْلِها فله الرَّجْعَةُ**)

(ش): قد تقدم في غير موضع: أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين: طلاق المؤلي، والمعسر بالنفقة. لكن شرط الرجعة في الإيلاء أن تنحل يمينه كما سبق في محله، وفي الإعسار اليسار، أما لو رضيت الزوجة بالرجعة مع عدم يسره كانت رجعة. قاله في "الواضحة"، وغيرها. وقال سحنون في "السليمانية": لا تصح الرجعة. واحترز بواجب مثلها من أن يجد يسارًا يكفي دونها، فإن ذلك غير معتبر لعدم حصول مقصدها[٣].

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١٦٠/١، والكافي: ٦٢٥/٢، وشرح الخرشي: ٢٣٠/١٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣٦/٦، ومنح الجليل: ٢٨/٩.

ولـم يتعرض المصنف لقدر الزمان الذي إذا أيسر به كانت الرجعة، واختلف في ذلك: فلابن القاسم، وابن الماجشون: إن أيسر بنفقة الشهر، وإلا فليس له الرجعة. وفي كتب ابن مزين: قوت نصف شهر فأكثر. وعن ابن الماجشون: إذا وجد ما لو قدر عليه أولا لـم تطلق عليه. وينبغي أن تتأول هذه الأقوال على ما إذا ظن أنه يقدر بعد ذلك على إدامة النفقة.

قال في "البيان": وإذا قدر أن يجريها مياومة، فإن كان ممن يجريها قبل الطلاق مياومة، فله الرجعة. واختلف إذا كان يجريها مشاهرة، فقيل: له الرجعة. وقيل: لا. ولأجل أن الطلاق هنا رجعي كان لها النفقة إذا أيسر، سواء ارتجع أم لا، على مذهب "المدونة"، خلاف ما تأوله بعضهم على " الواضحة"، ورواه ابن حبيب، عن مطرف، وابن الماجشون: أنه لا نفقة على المولى في العدة حتى يرتجع. ونقله ابن شعبان، عن مالك.

تنبيه

فهم من قوله: إن له الرجعة إن أيسر في العدة: أن هذا خاص بالمدخول بها، إذ لا عدة على غير المدخول بها وهو المعروف. وفي الكافي: روي عن مالك: إن أيسر في العدة كان له الرجعة في المدخول بها وغيرها. ولا أدري ما هذا؛ لأنه لا رجعة في غير المدخول بها[1].

خليل: ولعل هذه الرواية محمولة على ما إذا خلا بها، وتصادقا على نفي الوطء، وإلا فلا يصح قوله في العدة، إذ لا عدة على غير المدخول بها بنص القرآن[2].

(ص): **(ويُعتَبَرُ العَجْزُ عن القُوتِ، وعن ما يُواري العَوْرَةَ، قال مالكٌ: ولو مِن الخُبْزِ والزَّيْتِ، وغَلِيظِ الكَتَّانِ، غَنِيَّةً كانت أو فَقِيرَةً....)**

(ش): يعني: أن المعتبر في العجز الموجب للفراق، هو العجز عن النفقة والكسوة جملة، أما لو ضاقت حاله بعد التوسعة حتى لـم يجد غير القوت لها دون خادمها من قمح أو شعير، ولو كان مأدومًا بزيت، أو لم يجد الإدام، وإنما وجد الخبز فقط، فإنه لا يفرق بينهما، وكذلك أيضا لا يفرق بينهما إذا وجد من الكسوة ما يسترها، ولو من غليظ الكتان، وإن كانت ذات شرف وغنى. قاله مالك في "الموازية"، و"والواضحة".

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٢، المدونة: ٢/٢٥، وتهذيب المدونة: ١/٤١٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٥، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٨.

وفي "البيان": عن أشهب: إذا عجز عما يشبهها فرق بينهما. وكذلك اختلف إذا لم يقدر إلا على الشعير، وأهل بلده يأكلونه[١].

(ص): **(فإنْ وَجَدَ ما يُمْسِكُ الحياةَ، أو الصِّحَّةَ خاصَّةً، فلا، على المشهور)**

(ش): يعني: فإن قصر عما ذكرنا من القوت، لكن قدر على ما يحفظ حياتها خاصة، فالمشهور: لا يلزمها المقام معه؛ لأن إلزامها المكث حينئذ ضرر كثير، ولا سيما إذا كان لا يرجى تغير حاله إلا بعد طول. وفي "المدونة": عن يحيى بن سعيد: إذا وجد الفقير قواما من الخبز والزيت، وغليظ الثياب، لم يفرق بينهما.

ربيعة: أما الشملة والعباءة فلا. والشاذ حكاه اللخمي، عن مالك: أنه لا يفرق بينهما حتى لا يجد أقل ما تعيش به[٢]. واستشكله لأن في ذلك حرجا، إذ تصبح وتمسي جائعة.

(ص): **(وحُكْمُ الغائبِ ولا مالَ لهُ حاضِرٌ، كَحُكْمِ العَاجِزِ)**

(ش): أي: فتطلق عليه، وهذا هو المشهور. وقال ابن القابسي: لا يفرق على غائب؛ لأنه لم يستوفِ حجته. وعلى الأول فلا بد من أن تثبت الزوجية، وأنه قد دخل بها أو دعي إلى الدخول، والغيبة بحيث لا يعلم موضعه، أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه، وأما إن علم وأمكن الإعذار إليه، فإنه يعذر إليه، ولا بد أن تشهد لها بينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة، ولا كسوة، ولا شيئًا يعدى فيه بشيء من مؤنتها، ولا أنه بعث بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الحين، ثم بعد ذلك يضرب لها أجلا على حسب ما يراه كما تقدم، ثم يحلفها على ما شهدت لها البينة به، وحينئذ إن ادعت إلى الطلاق طلقها هو أو أباح لها التطليق كما تقدم[٣].

فرع

ولو كانت هذه المرأة أم ولد فغاب عنها سيدها، وأثبتت مغيبه، فإن الحاكم يتلوم لسيدها الشهر ونحوه، ثم ينفذ عتقها على الغائب. هكذا قال ابن عتاب، والقرشي، والتميمي، وروى ذلك علي بن زياد. وقال ابن الشقاني، وابن العطار: لا تعتق، وتسعى في معيشتها. وبه قال ابن القطان، قال: وتبقى حتى يصح موت سيدها، أو ينقضي تعميره.

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦٠/٣، وبلغة السالك: ٤٦٠/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٨/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٢/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٤٨٩/١، وحاشية الصاوي: ٣٥/٦، والتلقين: ٤١/١.

ابن سهل: والأول هو الصواب. واحتج الأولون بقول أشهب إذا عجز الرجل عن نفقات أمهات أولاده: أنهن بمنزلة أزواجه إذا لم يقم بأمرهن، فيضرب له أجل الشهر ونحوه، فإن وجد لهن أدنى ما يكفي، وإلا أعتقهن.

ابن سهل: قلت لابن عتاب: هل عليها عدة إذا حكم بعتقها؟ قال: تعتد بحيضة. قلت: فهل عليها يمين أن سيدها لم يخلف عندها شيئا، ولا أرسل إليها شيئا، كما يلزم زوجة الغائب؟ قال لي: لا يمين عليها، وبذلك أفتيت؛ لطول أمد المغيب[1].

(ص): (**فإِنْ كانَ له مالٌ موجودٌ بِيعَ، وفُرِضَ منه بَعْدَ يَمِينِها أَنَّها تَسْتَحِقُّهَا**)

(**ش**): يعني: فإن كان للغائب مال بيع، وفرض للزوجة النفقة من ثمنه، إن لم يصلح أن يفرض منه، كالدار وشبهها، بعد يمينها أنها تستحق النفقة. واستغنى بقوله: (أنها تستحقها) عما قاله المتيطي، وغيره: إنها تحلف ما ترك لها نفقة، ولا بعث بها إليها، ولا أسقطتها عنه. قال في "المدونة": ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته؛ إلا أن يكون له مال يُعْدَى فيه، وتباع فيها عروضه ورباعه، إن لم يكن له عين، ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلا، ويقوم الزوج على حجته إذا قدم، وهكذا يصنع فيه لو أقيم عليه بدين وهو غائب. وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن تقيم البينة على من جحده من غرمائه: أن لزوجها عليه دينا، ويقضى عليهم بنفقتها. وقد علمت أن مذهب "المدونة": أنه تفرض نفقة الزوجة، ويوفى الغريم من ودائعه[2].

المتيطي: وهو المشهور المعمول به. ونحوه لسحنون في أسئلة ابن حبيب، وحكى عنه ابن اللباد: أنه لا يقضى منها دين، ولا غيره.

أبو عمران: وهو القياس؛ إذ لو حضر الغائب وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل؛ إذ لا يجبر على قبول الصفة لقضاء دينه، ولأنه قد يقول: ليست لي، ولا للمقر، وهي لغيرنا.

واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلِّف المرأة إثبات ملكية الزوج لها، وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم.

ابن القاسم: ولا يجوز أن يقولوا في شهادتهم: لم يبتها. وعليه العمل، وجرى به الحكم. وأجاز ابن الماجشون أن يشهدوا على البت.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢١٠/٦، وإرشاد السالك: ١٢٥/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٦٠/١، والكافي: ٦٢٥/٢، وشرح الخرشي: ٢٣٠/١٣.

واختلف: هل لا يبيع الحاكم الدار بعد الشهادة المذكورة، إلا بعد أن يوجه شاهدين مع هذه البينة ليشهدوا بالحيازة، فكان بعض الموثقين لا يشترطون ذلك.

ابن أبي زمنين: واشترطه بعضهم. وهو الذي رأيت وأدركت عليه فقهاءنا، وصفة ذلك أن يوجه القاضي مع البينة شاهدين، فتطوف البينة بالدار داخلا وخارجًا، وتقول: إن هذه الدار التي حزناها هي الدار التي شهدنا بملكها للغائب.

ابن العطار: ولا تعمل الحيازة شيئا حتى يقول الشهود بحضرة الحائزين عليهم: هذا الذي حزناه هو الذي شهدنا به عند فلان قاضي موضع كذا. فإن لم يقولوا ذلك جهلا منهم، أو من الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحيازة، وكذلك لا تتم الحيازة حتى يكون الموجهون ممن يعرف العقار، ويحدوه بحدوده[1].

فرع

وإذا أحبت المرأة أن تفرض لها النفقة إذا لم يكن له مال حاضر، فقال ابن القاسم: لا يفرض عليه شيء حتى يقدم إذا علم عدمه أو جهل أمره. وفي "البيان": عن ابن حبيب: إذا أحبت الصبر عليه أشهد السلطان عليه: إن كان فلان زوج فلانة اليوم مليًّا في غيبته، فقد أوجبت عليه فريضة مثلها من مثله[2]. أما إن علم أنه موسر فإنه يفرض لها نفقة مثلها. قال في "الموازية": وتداين عليه، ويقضى لها عليه به.

(ص): (**ولها طَلَبُ غُرَمَائِهِ، وإقامةُ البَيِّنَةِ عليهم، كمَن له عليه دَيْنٌ**)

(**ش**): قد قدمنا هذا من "المدونة"، وإن لم يقم للزوج غير شاهد واحد، حلفت معه.

(ص): (**ولو تَنَازَعَا في الإعْسارِ في الغَيْبَةِ، فثالِثُها: قال ابنُ القاسمِ: إنْ قَدِمَ مُعْسِرًا، فالقولُ قولُهُ، وإلا فقولُها....**)

(**ش**): يعني: إذا قدم الزوج، فطالبته بالنفقة في مدة الغيبة، فزعم أنه كان معسرًا، لا تستحق عليه في مدة الغيبة شيئًا، وأنكرت ذلك المرأة، فثلاثة أقوال: والقول بأن القول قوله لابن كنانة، وسحنون، ووجهه: أن الأصل العدم. والقول بأن القول قولها لابن الماجشون، وابن حبيب، قالا: عليه النفقة، إلا أن يقيم البينة على ذلك. ووجهه: أن

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٦/٦، ومنح الجليل: ٢٨/٩.

الغالب الملك، ولأن كل غريم ادعى العدم، فعليه البينة على المذهب[١].

قال في "البيان": وتأوله بعض أهل النظر على "المدونة". واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته؛ لأن الأصل عدم تغير الحال. قال في "البيان": وهو معنى "المدونة". وهذا الخلاف عند صاحب " البيان"، وغيره، إذا جهل حال الزوج عند خروجه، وكذلك روي قول ابن القاسم فيه مبينًا، وأما إن علم حال خروجه من عسر أو يسر، فإنه يستصحب ذلك الحال باتفاق. وتأول ابن زرب على ابن كنانة، وسحنون: أنهما يقولان: إن القول قول الزوج وإن خرج موسرًا. قال في "البيان": وهو تأويل بعيد. وقال ابن زرقون: ليس هو بشيء. ورأيت لبعض من تكلم على " التهذيب": أنه إن سافر مليًّا، وقدم كذلك، فالقول قولها بالاتفاق، وكذلك القول قوله في عكسه باتفاق، ويختلف فيما إذا سافر مليًّا، وقدم معسرًا، أو بالعكس[٢].

(ص): **(وإنْ تَنَازَعَا في إعطائها، أو إرسالِها، فثالثُها المشهورُ: إنْ كانتْ رَفَعَتْ أمرَها إلى الحاكمِ فالقولُ قولُها مِن يومِئذٍ...)**

(ش): يعني: إن قال الغائب: تركت لك النفقة، أو أرسلتها. ولم تصدقه في ذلك، وطلبت منه نفقتها، فروي عن مالك: أن القول قوله مع يمينه، ولو رفعته إلى الحاكم، هكذا نقل ابن الجلاب هذه الرواية. وروي عن مالك: أن القول قولها مع يمينها. والمشهور إن رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ؛ لأن رفعها قرينة تقوي قولها، وإن لم ترفع فالقول قوله مع يمينه.

مالك في "الموازية": وليس له أن يحلف أنه بعث بذلك إليها، إنما يحلف أنها قبضت ذلك، ووصل إليها، ويبرأ.

وعلل الباجي المشهور بأنها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم، ولم تجد له مالا، وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به، صارت اليد لها فيما تنفقه، فكان القول قولها، بخلاف إذا لم ترفع فإن البيت بيته، ولهذا اختار من الروايتين اللتين رويتا عن مالك، هل يتنزل رفعها إلى العدول وجيرانها منزلة الحاكم أم لا؟ الرواية بأن ذلك لا يتنزل منزلة الحاكم، لأنه لم يتقدم قضاء عليه، ولا حكم، واختار اللخمي أن ذلك كرفعها إلى الحاكم[٣].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٢/١، المدونة: ٢٥/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٠.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١٦٨/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٢/٢.

بعض الموثقين: والمشهور ما اختاره الباجي، وبه الفتوى والعمل. ولابن القاسم في "العتبية": إذا اختلفا عند قدومه في الانفاق على أولاده الصغار: أنه يفرق في ذلك بين أن ترفع أم لا، كما تقدم[١].

(ص): **(فأمَّا الحاضرُ، فالقولُ قولُهُ لِلعُرْفِ)**

(ش): حكى في "البيان" الاتفاق على ذلك، لأن العرف يشهد بصحة قوله، ولا بد له من اليمين، صرح بذلك في "الكافي"، وفي "الطرر"، وقال ابن رشد: إنما يصدق الرجل أنه دفع النفقة، إذا ادعى بعد مضي المدة: أنه كان ينفق عليها، أو كان يدفع النفقة إليها شيئا بعد شيء، أو جملة واحدة، وأما لو ادعى: أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى، وأنكرت ذلك، فلا يصدق إجماعًا، وحكى ابن زرب خلافه وخطأه[٢].

(ص): **(ولها طَلَبُه عِنْدَ سَفَرِهِ بِنفقةِ المُستقبَلِ، فيَدْفعُها، أو يُقِيمُ لها كَفِيلا يُجْرِيها عليها)**

(ش) هذا مذهب "المدونة". وقال ابن الماجشون: لا يقيم لها حميلا وهي في العصمة، وإذا سافر فمن الشيوخ من حمله على ظاهره، وعده خلافًا، ومنهم من تأوله على المعدم، فلا يكون خلافًا، فإذا اتهم أنه يقيم أكثر من السفر المعتاد حلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك، أو يقيم حميلا. اللخمي: وأما إذا كانت المرأة مطلقة طلاقًا بائنًا، وهي حامل، كان مطالبا بالأقل من مدة سفره، والباقي من أمد الحمل، وإن كانت غير حامل، والطلاق بائن، فلا نفقة لها[٣].

واختلف إذا طلبت حميلا خوف الحمل: فلم ير مالك ذلك لها، وقال أصبغ في "الموازية": ذلك لها.

والأول أحسن إذا كان قيامها بعد حيضة، لأن الظاهر البراءة، والثاني إن لم تكن حاضت، فيقيم حميلا بالأقل من مدة السفر، أو الحمل على تقدير ظهوره، وإن كان الطلاق رجعيًا كان عليه على قول مالك: أن يقيم رزق الأقل من مدة السفر، أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض، وعلى قول أصبغ: تراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقًا بائنًا،

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦٠/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٦٠/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٤٨٩/١، وحاشية الصاوي: ٣٥/٦، والتلقين: ٤١/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢١٠/٦، وإرشاد السالك: ١٢٥/١، وما بعدها.

فيقيم حميلا بالزائد على مدة الحيض.

(ص): **(وإذا اختَلَفَا فيما فَرَضَهُ الحاكِمُ فالقولُ قولُه فيما يُشْبِهُ، وإلا فقولُها فيما يُشْبِهُ، وإلا ابْتَدَأَ الفَرْضَ....)**

(ش): هكذا في "المدونة"؛ لكنه فرضها فيها إذا مات القاضي، أو عزل، لكن الأظهر: أنه لا فرق بينه وبين قاضي وقتهما، ولعل ذلك هو السبب في إسقاط المؤلف ما ذكره في "المدونة"، وإنما كان القول قول الزوج لغرمه. قيل: ومذهب ابن القاسم: أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما؛ إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شاهد. وحمل غيره "المدونة" على: أنه يحلف[1].

عياض: وهو الظاهر. وهو حجة لجواز الحلف مع الشاهد في قضاء القاضي، وقد نبه على ذلك ابن سهل، خلاف ما قاله بعض أصحاب سحنون، وما لابن القاسم في "العتبية".

عياض: وعندي أن مسألة الكتاب خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه، إذ قضاء القاضي فيها ثابت باجتماعهما عليه، ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض، فكانت دعوى في مال ذمة الزوج، فالقول قول من أشبه منهما مع يمينه، وليس على القضاء كما قيل[2].

وذكر عن سحنون: إنما هي في ما مضى من الفرض، وأما ما يستقبل إذا تنازعا فيه فالسلطان يستأنف النظر في ذلك. وقد اختار رواية "المدونة" هنا، والذي في روايتنا: إذا لم يشبه ما قالا أعطيت نفقة مثلها فيما يستقبل، يفرض لها القاضي نفقة مثلها، وعليه اختصر المختصرون. وروي في بعض النسخ: (وفيما يستقبل): بزيادة واو، وكانت في كتابي فغربت عليها اتباعًا لرواية شيوخي، وإثباتها أصح معنًى ولفظًا، ويصحح ما قاله سحنون، وعلى إسقاطها يأتي الكلام الأخير مكررًا، ويشكل: هل أراد به الماضي، أو الآتي؟

(ص): **(وتَجِبُ على الأبِ الحُرِّ نفقةُ وَلَدِهِ المَحْضُونِ الفقيرِ على قَدْرِ حَالِهِ)**

(ش): لما ذكر نفقة الزوجة أتبعه بنفقة الأولاد، واحترز بالحر من أن يكون الأب عبدًا، أو فيه شائبة من شوائب الحرية، فلا نفقة لولده عليه، وكذلك أيضا لا نفقة للولد

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١٦٠/١، والكافي: ٦٢٥/٢، وشرح الخرشي: ٢٣٠/١٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

الرقيق على أبيه كما تقدم. ولعل المصنف استغنى بما قدمه وبولده عن ولد ولده أو غيره، فلا تجب نفقته، واعلم أن الاصطلاح إنما يطلق المحضون والمكفول على الولد إذا لم تكن له زوجة بأن يكون الأب ميتًا أو مطلقًا، وأما إن كان عند أبيه وأمه، وهما زوجان، فلا يطلق عليه ذلك، وعلى هذا فتخصيص المحضون ليس بظاهر، لأن من بين أبويه كالمحضون بالاتفاق[1].

وشرط المصنف في وجوب نفقة الولد أن يكون فقيرًا، يعني: وأما إن كان له مال، قال في "المدونة": أو يكون له كسب يستغني به، فلا تجب نفقته، وكذلك أيضا إذا كان للبنت كسب تستغني به فلا تجب نفقتها، فإن كانت الصنعة لا تكفي أعطيا تمام الكفاية.

اللخمي: وإذا كسدت الصنعة، عادت النفقة على الأب، واشترط هنا الفقر، ولم يشترط في الزوجة؛ لأن نفقة الولد مواساة، بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة.

وقوله: (على قدْر حالِه)، أي: حال الولد؛ لأن المراد: سد خلته.

(ص): (وحَضَانَةُ الذَّكَرِ حتى يَحْتَلَمَ عاقلا غَيْرَ زَمِنٍ بما يَمْنَعُ التَّكَسُّبَ، وقيل: حتى يَحْتَلِمَ)

(ش): مقتضى كلامه: أن المشهور هو الأول، وليس كذلك، بل هو الثاني، وهو مذهب "المدونة"، والقول الذي صدر به لابن شعبان. وروى ابن وهب، عن مالك: إذا أثغر الغلام خرج عن حضانة الأم. ولمالك في كتب المدنيين: يخير الصبي إذا أثغر بين أن يكون عند أبيه أو أمه. واستحسن ابن العطار، وابن رشد، وغيرهما من الشيوخ إسهام الأبوين على الذكر إذا أثغر، على ما ورد في بعض الأحاديث، وكان المصنف التبس عليه (باب الحضانة) بـ (باب النفقة)، وظن تساويهما؛ لأن المشهور: أن النفقة لا تنقطع بالبلوغ، بل البلوغ بشرط أن يكون عاقلا غير زمن[2].

(ص): (والبِنْتِ حتى يَدْخُلَ بها الزَّوجُ، ولو أَسْلَمَ وَبَقِيَتْ كافِرةً)

(ش): أي: وحضانة الأنثى حتى يدخل بها زوجها، ولا تنقطع حضانتها بالبلوغ كالذكر، ولم أر في ذلك خلافًا، ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر، وأدخل هذه الصورة في حكم ما قبلها، لأنه قد يتوهم خروجها لاختلاف الدينين. وكذلك نص

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٦، ومنح الجليل: ٩/٢٨، وما بعدها.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٢، المدونة: ٢/٢٥، وتهذيب المدونة: ١/٤١٥.

اللخمي على الوجوب في عكس هذه الصورة، أعني: إذا أسلمت بعد بلوغها، وبقي هو كافر، لم تسقط نفقتها عنه؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر[١].

(ص): (**ولوْ عادَتْ بالِغَةً، أو عادَتِ الزَّمَانَةُ لِلذَّكَرِ، لَمْ تَعُدْ**)

(ش): يعني: فلو زوج الأب ابنته الصغيرة، ثم طلقها زوجها، أو مات عنها، وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغة، لم تعد نفقتها على الأب. مالك: فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها. ومفهوم كلام المصنف: أنها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق، وهو قول سحنون، قال: تعود نفقتها، ولا يسقطها بلوغها، حتى تتزوج زوجًا آخر. وقال غيره: لا تعود أصلا، وقيل: تعود إلى أن تبلغ فتسقط. وهو الذي قدمه المتيطي، قال: ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته.

قوله: (أو عادتِ الزَّمَانةُ)، يعني: إن بلغ الابن زمنًا، وقلنا باستمرار نفقته على المشهور، ثم صح، وحكمنا بسقوط نفقته، ثم زمن، فإن النفقة لا تعود إلى الأب.

واعلم أن الخلاف في هذا الفرع موجود، سواء بلغ زمنًا أو صحيحًا، وفيه ثلاثة أقوال: قال: قال ابن القاسم: إن بلغ زمنًا أو أعمى، لم تسقط، وإن طرأ ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد. وقال ابن وهب في "الموازية": لا نفقة له بلغ على ذلك أو طرأ عليه. وذكر ابن الجلاب، عن ابن الماجشون: أن نفقته لازمة لأبيه بلغ على ذلك أو أحدث به.

اللخمي: وهو أحسن. ولما لم يذكر المصنف في هذه المسألة خلافًا كان انتصاره في فرض المسألة على ما إذا عادت الزمانة حسنًا؛ لأنه تنبيه منه بالأخف عن الأشد؛ لأن النفقة إذا لم تعد لأجل الصحة الواقعة بين الزمانين، فلأن لا تعود إذا بلغ صحيحا ثم زمن أولى؛ إذ لقائل أن يقول: لا عبرة بالصحة الواقعة بين الزمانتين[٢].

فرع

نص محمد على ما إذا دخل بها وهي زمنة، ثم طلقت: أنه تعود نفقتها، وكذلك قال الباجي: إن كان للولد الزمن مال، ثم ذهب: أنه تعود نفقته.

(ص): (**ثُمَّ لهما أنْ يَذْهَبا حيثُ شاءا، إلا أنْ يُخافَ سَفَهٌ، فيَمْنَعَهُما الأبُ، أو الوَلِيُّ**)

(ش): يعني: ثم للابن والبنت أن يذهبا بعد بلوغهما حيث شاءا، وهكذا قال مالك

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٠، وما بعدها.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦٠/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٦٠/٢.

في "المدونة"، وحمله ابن رشد على ظاهره من ذهابهما بأنفسهما، ومالهما، واحتج لذلك بأنه وقع لمالك هكذا في رواية زياد، وتأوله الشيخ أبو محمد، وأكثرهم على: أنه يريد: بأنفسهما، لا بمالهما، قالوا: لأن المعروف لمالك في غير موضع: أنه لا يحكم للولد بالرشد بنفس البلوغ، لا سيما الأنثى ولو كانت مدخولا بها، حتى يعرف من حالهما ما يستوجبان به الرشد، فحمل "المدونة" على ما يعرف لمالك في "المدونة" وغيرها أولى من حمله على رواية شاذة لا يعرفها كل الناس. ثم إن خيف عليهما السفه في المال فلا شك أن للأب والولي منعهما، وإن كان في الدين فلهما منعهما، وللأم، ولسائر المسلمين، إلا أن الأب والولي أخص بالمنع من غيرهما[١].

(ص): **(ونفقةُ ولدِ المُكاتَبةِ عليها إن كانوا في كِتابَتِها، إلا أنْ يكُونَ الأبُ في كِتابَتِهم فنفقتُهم عليه....)**

(ش): يعني: أن من كاتب أمة فحدث لها أولاد بعد كتابتها، أو كان لها أولاد موجودون وكاتبت على نفسها وعليهم كتابة واحدة، فإن نفقة الولد على الأم؛ لأنها أحرزت نفسها ومالها وولدها، ومالها من سيدها، وليس عندنا أنثى تجب عليها النفقة إلا هذه، وفي التحقيق أن النفقة من السيد؛ لأنه اشترط ذلك عليها، أو كأنها من جملة الكتابة[٢].

وقوله: (إلا أن يكون الأب في كتابتهم فنفقتهم) أي: الأولاد والأم (عليه).

(ص): **(وليسَ عَجْزُهُ عنها كعَجْزِهِ عن الكِتابةِ والجِنَايَةِ)**

(ش): يعني: ليس عجز المكاتب عن نفقة ولده كعجزه عن الجناية والكتابة؛ لأن الجناية والكتابة متعلقان برقبته، بخلاف النفقة فإنها مواساة بشرط اليسار[٣].

(ص): **(ويَجِبُ على الأمِّ الإرْضَاعُ إنْ كانتْ تَحتَ أبيهِ، أو رَجْعِيَّةً، ولا مانِعَ مِنْ عُلُوِّ قَدْرٍ، بِغيْرِ أَجْرٍ....)**

(ش): إنما وجب على الأم إذا كانت في العصمة، أو رجعية، بغير أجر؛ لأن عرف المسلمين على توالي الأعصار في حميع الأمصار على: أن الأم ترضع الولد. وألحقت

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١٠، وإرشاد السالك: ١/١٢٥، وما بعدها.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٤٨٩، وحاشية الصاوي: ٦/٣٥، والتلقين: ١/٤١.

الرجعية بمن في العصمة؛ لأن أحكام الزوجية منسحبة[١].

وقوله: (ولا مانعَ)، يعني: وأما إن كانت ممن لا ترضع لشرفها، فلا رضاع عليها؛ لأن العرف ألا تكلف هذه الشريفة الإرضاع، والعرف كالشرط.

قال في "الجواهر": ويجب على الأم أن ترضع ولدها إذا كانت تحت أبيه، إلا أن يكون مثلُها لا يُرضع؛ لسقم، أو قلة لبن، أو لشرف وعلو قدر. ولذات الشرف أن تأخذ الأجرة من الأب إذا رضيت أن ترضعه، نص على ذلك اللخمي، وابن بشير، وابن عبد السلام.

خليل: وأفتى بعض مشايخ شيخي بأن الشريفة إذا تواضعت للإرضاع لا أجر لها؛ لإسقاطها حقها، ولا كبير مؤنة عليها في لبنها[٢].

(ص): (وكذلكَ إنْ كانَ الأبُ عَدِيمًا، ولم يَقْبَلْ غَيْرَها)

(ش): إنما يظهر هذا في الشريفة، وفي معناها المطلقة طلاقًا بائنًا، وأما في حق من في العصمة والرجعية فلا؛ لأنه إذا كان الإرضاع عليهما وإن كان الأب ذا مال، فكيف إذا كان عديمًا؟ ولو قال المصنف: إلا أن يكون الأب عديمًا، كما قال في "الجواهر"، لكان أبين. وهكذا قال اللخمي، وغيره: إن الأب إذا كان عديمًا كان على الشريفة الإرضاع، وهو مقيد بما إذا لم يكن للولد أيضا مال، وأما إن كان له مال فلها الأجرة في ماله. قاله صاحب " البيان " وغيره.

وقوله: (ولم يَقْبَلْ غيرَها): والأحسن أن يقول: أو لم يقبل؛ لأنه إذا لم يقبل غيرها يجب عليها الإرضاع، كان الأب عديمًا أم لا، والواقع فيما رأيته في نسخ كثيرة، ولم يقبل، بالواو، ولعل ذلك ليكون مقابلا لقوله:

(ص): (فإنْ قَبِلَ فالمشهورُ: وُجُوبُهُ، بِخِلافِ النفقةِ. وفي "الجلاب " لا يَجِبُ)

(ش): ظاهر كلامه أن هذا من تمام ما قبله، وإنما ذكره في "المدونة"، و"الجلاب" في الموت، ونص "المدونة": وإن مات الأب وللصبي مال، فلها ألا ترضعه، وتستأجر له من يرضعه من ماله، إلا ألا يقبل غيرها، فتجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله، فإن لم يكن للصبي مال لزمها إرضاعه، بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها، ولكن

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٠، والكافي: ٢/٦٢٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٦، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣١.

يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال[1].

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر؛ لأنه لا يؤخذ منه حكم الموت أصلا، اللهم إلا أن يقال: إن المصنف لم يتكلم على مسألة الموت، وإنما كلامه مفرع على ما قبله، ومعناه: أن المرأة إذا كانت شريفة، أو بائنًا، وكان الأب عديمًا، وقبل الابن غيرها، فالمشهور وجوب الإرضاع عليها.

فإن قيل: هو لم ينص في "المدونة" على هذه الصورة. قيل: لا فرق بين أن يموت الأب ولا مال للصغير، وبين أن يكون الأب عديمًا في المعنى. ولهذا حكى ابن بشير المشهور، وقول ابن الجلاب في الأب العديم، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر؛ لأنه إن أراد مسألة الموت، وهي التي في "المدونة"، و"الجلاب"، فكلامه لا ينبئ عن ذلك، وإن أراد التفريع على مسألة الشريفة والبائن، فليس بظاهر؛ لأن التخريج وإن كان صحيحًا فكلامه لا ينبئ عن التخريج، والظاهر أنه أراد هذا الثاني؛ لأن كلامه لا ينبئ على الموت، ولا سيما على ما وقع في بعض النسخ: (فإن قبل غيرهما)، بضمير التثنية، فيتعين الثاني؛ لأن الضمير ليس له شيء يعود إليه إلا الشريفة والبائن. وفي بعضها: (غيرها)، فيعود على الأم. وبما في "الجلاب " قال عبد الوهاب. ابن الجلاب: ويكون إرضاعه في بيت مال المسلمين[2].

وقوله: (بخلافِ النفقةِ) أي: فلا تجب على الأم بالاتفاق. وحمل بعضهم ما في "المدونة"، وهو المشهور، والذي حكاه المصنف على: أن ذلك إذا تعذر الاستئجار من بيت المال، والفرق للمشهور بين النفقة والإرضاع أن اللبن مستخف.

ابن عبد السلام: ورأيت في بعض كلام ابن العربي، عن ابن المواز: أنه يقول: نفقة الولد على الأبوين على قدر الميراث[3]. فقال هو: لعله أراد: أنها على الأم عند عدم الأب.

ابن عبد السلام: فإن صح نسبة هذا القول لابن المواز، فتأويل ابن العربي بعيد؛ لأنه إذا كان الأب عديمًا، أو معدومًا، فكيف يمكن أن يؤدي من النفقة شيئًا، فضلا عن الثلثين اللذين هما نصيبه من الميراث.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٦، ومنح الجليل: ٩/٢٨، وما بعدها.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٢، المدونة: ٢/٢٥، وتهذيب المدونة: ١/٤١٥.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٥، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٨، وما بعدها.

تنبيه

قد تبين لك من كلامه في "المدونة": أن للأم إذا لم يقبل الولد غيرها أن تأخذ على ذلك الأجرة، وإن كان للأم ذلك فالأجنبية أولى. قال شيخنا رحمه الله، وأبو الحسن: ويجري فيهما قول آخر: أنهما لا يكون لهما شيءٌ قياسًا على أحد القولين في المواساة الواجبة بفضل طعام أو شراب، وذلك بأنه إذا لم يقبل الولد غيرهما تعين عليهما الإرضاع، والله أعلم.

(ص): (**وعلى وُجُوبِهِ في إيجابِ الاسْتِئْجَارِ عليها، إنْ لمْ يَكُنْ لَهَا لَبَنٌ، قولانِ**)

(ش): يعني: وإذا فرعنا على المشهور من وجوب الإرضاع عليها، فلو لم يكن لها لبن، فهل يجب عليها أن تستأجر من يرضعه؛ لأنها لما كان عليها الإرضاع، فعليها خلفه، أو لا؛ لأن هذا من النفقة، ولا تجب عليها؟ قولان؛ والقول بالوجوب لمالك في "الموازية"، وهو قول القاضي إسماعيل أبي عمران، وهو قولهم كلهم؛ والقول بعدم الوجوب لعبد الوهاب، وهو اختيار التونسي، واللخمي[1].

(ص): (**وما عدا ذلك فعلى الأب**)

(ش): الإشارة بـ (ذلك) عائدة على وحوب الإرضاع حيث قلنا: إنه على الأم فعلى الأب، أي: إذا طلقت طلاقًا بائنًا، أو كانت شريفة، وقبل الولد غير الأم، وكان الأب مليًّا[2].

(ص): (**فإنْ لمْ يَقْبَلْ غَيْرَها، تَعَيَّنَتْ بأُجْرَةِ المِثْلِ**)

(ش): أي: فإن لم يقبل الطفل غير أمه تعينت بأجرة المثل، وظاهر كلامه سواء كانت بائنًا أو شريفة، ولا إشكال في ذلك في حق البائن.

ابن عبد السلام: لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وأما الشريفة فكلام المصنف موافق لما تقدم. وقد تقدم عن بعضهم أنه خالف في ذلك، على أن الظاهر أنه لم يتعرض المصنف هنا للشريفة؛ لأن الفروع التي ذكرها بعد هذا، إنما ذكروها في البائن.

(ص): (**فإنْ قَبِلَ غَيْرَهَا خُيِّرَتْ فيهِ بأُجْرَةِ المِثْلِ**)

(ش): يعني: فإن قبل الولد غير أمه المطلقة خيرت هي في أن ترضعه بأجرة

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦٠، وما بعدها، وبلغة السالك: ٢/٤٦٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٠، والكافي: ٢/٦٢٥، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣٠.

المثل، أو تتركه لمن يرضعه بذلك.

(ص): (**إلا أنْ يَجِدَ الأبُ مَن يُرْضِعُهُ عِنْدَهُ بِدُونِها، فَتُخَيَّرُ بذلك اتفاقًا، فإنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَها، فقولانِ....**)

(**ش**): يعني: فإن وجد الأب من يرضعه بأقل من أجرة المثل، فإن كانت الظئر ترضعه عند أمه، فاتفق على أنه لا مقال لها في طلب أجرة المثل، بل إما أن ترضعه بالقدر الذي وجده الأب، أو تسلمه للظئر، وإن كانت الظئر لا ترضعه عند أمه، فهل يكون كما لو كانت ترضعه عندها، أو لا، ويكون القول قولها في طلب أجرة المثل؟ قولان[١].

واعلم أن هذين القولين وقعا لمالك في "الموازية" مطلقين، ثم اختلف الشيوخ: فحكى ابن بشير، عن بعضهم: أنه فهم أن محلهما إذا كانت الظئر لا ترضعه عند الأم، كما قال المصنف. ومنهم من جمع بين القولين، فحمل الرواية بخيار الأب على ما إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم، والرواية الأخرى على ما إذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم. ومنهم من جعل القولين مطلقين سواء كانت ترضعه عند الأم، أم لا[٢].

وحمل ابن يونس، وغيره "المدونة" على أن القول قول الأم في أجرة المثل، وإن وجد الأب من يرضعه عندها بأقل من ذلك، ونصها على نقل ابن يونس: قلت: فإن قالت بعدما طلقها: ألبته لا أرضعه إلا بمائة درهم كل شهر. وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين؟ قال: قال مالك: هي أحق به بما ترضعه به غيرها، وليس للأب أن يفرق بينها وبينه، فإن أبت أن ترضعه بذلك، فلا حق لها؛ إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها، وخيف عليه الموت، فإنها تجبر على رضاعه بأجرة مثلها.

ابن يونس: قوله: إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين، وقالت الأم لا أرضعه إلا بمائة، فقال مالك: الأم أحق به بما يرضعه به غيرها. يريد: بأجرة مثلها، لا بخمسين. وقاله بعض القرويين، وإليه رجع ابن الكاتب، وهو الصواب.

وسواء وجد من يرضعه عند الأم، أم لا، وإن كان عند الأم، فهي لا تباشره بالرضاع والمبيت، وذلك تفرقة بين الأم وولدها؛ فلذلك كانت الأم أحق به بأجرة مثلها، وهو أبين. عياض: ويشهد لهذا قوله بعد: وليس للأب أن يفرق بينه بينها إذا

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٦/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣١/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٦/٦، ومنح الجليل: ٢٨/٩، وما بعدها.

أرادت أن ترضعه بما ترضعه به الأجنبية.... إلى قوله في آخر المسألة: فإنها أحق بأجرة رضاع مثلها.

وقوله أيضا آخر الكتاب: إذا وجد من يرضعه باطلا، وهو موسر، لم يكن له أخذه، وعليها رضاعه بما يرضعه به غيرها، ويجبر الأب على ذلك[(١)].

وحمل بعضهم "المدونة" على: أنها إنما تكون أحق بأجرة المثل إذا لم يقبل غيرها، أو لم يوجد من يرضعه عندها، وأما إن وجد من يرضعه عندها باطلا، أو بدون أجرة المثل، فلا حجة لها، ونحوه في "كتاب ابن سحنون " لأبيه، وقد يشهد أيضا لهذا من الكتاب قوله: إذا علق بالأم لا صبر له عليها، وكان لا يقبل غيرها، أو خيف عليه، فأمه أحق به بأجرة مثلها.

واختار اللخمي التفصيل؛ فإن كان الزائد الذي تبتغيه الأم يسيرًا، فالقول قولها، وإن تباين ما بين الأجرتين، أو وجد من يرضع ولده، فالقول قول الأب إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم، وإن قالت: أنا أرضعه عندي[(٢)]. لم يكن ذلك للأب؛ لأن للأم حقًّا في الحضانة، وليس للأب أن يحول بينه وبينها.

(ص): **(وإنْ وَجَدَهُ مَجَّانًا، وهو مُوسِرٌ، فقولانِ)**

(ش): يعني: فإن وجد الأب من يرضعه مجانا، فإن كان معسرًا، فله ذلك؛ إلا أن ترضى هي أن ترضعه بلا شيء، فإن لم يكن معسرًا، فهل له ذلك؛ لأنه حق له، أو لا؛ نظرًا لحق الأم في الحضانة؟ قولين: مذهب "المدونة": ليس له ذلك. واقتصر في "الجواهر " عليه، والقول الآخر لمالك من رواية ابن وهب. قال في البيان: ومعناه عندي: إذا كان الذي وجده الأب يرضعه عند أمه، ولا يخرجه عن حضانتها[(٣)].

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٢، المدونة: ٢/٢٥، وتهذيب المدونة: ١/٤١٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٥، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٨، وما بعدها.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦١، وما بعدها، وبلغة السالك: ٢/٤٦٣.

كتاب الحضانة

(ص): (والحَضَانَةُ في النِّسَاءِ: لِلأمِّ، ثُمَّ أُمِّهَا، ثُمَّ جَدَّةِ الأمِّ لأمِّهَا، ثُمَّ الخَالَةِ، ثُمَّ الجَدَّةِ للأبِ، ثُمَّ جَدَّةِ الأبِ لأبِيهِ، ثُمَّ الأخْتِ، ثُمَّ العَمَّةِ، ثُمَّ بِنْتِ الأخْتِ....)

(ش): تصوره ظاهر، وقدم بعضهم على بعض على نحو ما ذكره المصنف؛ لقوة الشفقة في المقدم، ولهذا قال اللخمي: لو عُلِمَ مِمَّنْ قدمناه قلة الحنان، والعطف لخلق بجفاء أو قسوة، أو لأمر بينها وبين أم الولد، أو أبيه، وعُلِمَ من أحدٍ مِمَّن أخرناه الحنان والعطف، لقدم على من علم منه القسوة أو غيرذلك[1].

وذكر المصنف بنت الأخت، وأسقط بنت الأخ، وهي التي في "التهذيب"، وفي "اختصار ابن يونس " بعد الأخت، ثم بنت الأخت، ثم العمة، ثم بنات الأخ، ولم يجعل لبنت الأخت، ولا لبنت الخال، ولا لبنت العمة مالك في "الواضحة " حقًّا في "الحضانة"[2].

اللخمي: ومعناه: مع العصبة، وإلا فهم أحق من الأجنبيين، واستبعد ابن محرز، وابن رشد، وغيرهما ما في "الواضحة"؛ لأن بنت الأخت رحم محرم، ولهذا قيل: بل تقدم بنت الأخ عليها للاتفاق عليها. وقيل: هما سواء ينظر الإمام في أحرزهن وَأَكْفَئِهِنَّ. ونص عبد الوهاب، واللخمي، وصاحب " المقدمات"، وغيرهم: أن الأخت الشقيقة مقدمة على التي للأب، وكذلك الخالة، والعمة، وكذلك يقدم الأخ للأم على الذي للأب، بل قيل: بإسقاط الأخ للأب، وروي عن مالك، وابن القاسم في كتب المدنيين: أنه لا حق للأخت للأب، لأن التعاطف بين الأختين للأم، والشنآن بينهما إذا كانتا للأب؛ لاختلاف ما بين أمهاتهم. قال في "المقدمات": وإنما تستوجب الحضانة بوصفين: الأول: أن تكون ذات رحم. والثاني: أن تكون محرمة عليه. فإن كانت ذات رحم منه، ولم تكن محرمة عليه، كبنت الخالة، وبنت العمة، وما أشبههما، لم يكن لها

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٩، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٣.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠، وحاشية الصاوي: ٦/٣٦، والتلقين: ١/٤٢.

حق في الحضانة[1]. وكذلك إن كانت محرمة عليه، ولم تكن ذات رحم منه، كالمحرمة عليه بالصهارة أو الرضاع.

(ص): **(وفي إِلْحَاقِ خالةِ الخالةِ بالخالةِ قولانِ)**

(ش): يعني: اختلف على قولين: هل لخالة الخالة حق في الحضانة، أو لا؟ وهي أخت الجدة للأم. قيل: وكذلك عمة العمة، وهي أخت الجدة للأب، ومذهب ابن القاسم: إلحاق خالة الخالة بالخالة، وقدمها على الجدة للأب، واستشكله اللخمي.

ابن عبد السلام: وفي عبارة المؤلف قلق؛ لأن القول بعدم إلحاق خالة الخالة، لا يلزم منه سقوط حقها مطلقًا، لما علمت أن عدم إلحاقها بالخالة أعم من سقوطها بالكلية.

(ص): **(وفي الذُّكُورِ: للأبِ، ثُمَّ الأخِ، ثُمَّ الجَدِّ، ثُمَّ ابنِ الأخِ، ثُمَّ ابنِ العَمِّ، ثُمَّ المَوْلَى الأَعْلَى والأسْفَلِ على المشهورِ فيهما....)**

(ش): الترتيب بين الحاضنين على ثلاثة أوجه بين النساء بانفرادهن، وين الرجال بانفرادهم، وبينهما. ولما تكلم على الأول اتبعه بآخرين.

والترتيب الذي ذكره المصنف ذكره ابن المواز: أن أحق العصبة الأخ بعد الأب، ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم. قال في "المقدمات": فيحتمل أن يريد: أن الجد وإن علا أحق من ابن الأخ والعم، ويحتمل أن يريد: أن أحق الناس بالحضانة من العصبة الأخ، ثم الجد الأدنى، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، وإن سفل الأقرب فالأقرب، ثم أبو الجد، ثم عم العم، ثم ابن عم العم، وإن سفل الأقرب فالأقرب، ثم جد الجد، ثم ولده، ثم ولد جد الأب، ثم ولده على هذا الترتيب[2].

قال: فترتيب الحضانة يسن لحي على ميراث المال، ولا على ميراث الولاء، والصلاة على الجنائز؛ لأن الجد وإن علا أرفع مرتبة في الميراث من الأخ، ولأن بني الإخوة يسن لهم حق مع الجد وإن علا، وابن الأخ في باب الولاء أحق من الجد.

اللخمي: ولم أر للجد للأم في الحضانة نصًا، وأرى أن له في ذلك حقًّا؛ لأن له حنانا، ولهذا غلظت الدية فيه، وأسقط عنه القود، وفي "الوثائق المجموعة": إن اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم. وهو قول ابن العطار، ونص في "المقدمات "

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢١١/٦، وإرشاد السالك: ١٢٧/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١٦٢/١، والكافي: ٦٢٧/٢، وشرح الخرشي: ٢٣١/١٣.

على: أنه لا حق له، ثم المولى الأعلى - أي: بعد العصبة - وهو المعتق، والأسفل، يريد: بعد الأعلى، نص على ذلك اللخمي، (على المشهور فيهما)، أي: في الأعلى والأسفل[١].

والمشهور مذهب "المدونة": إثبات الحضانة لهما. وقال ابن محرز: لا حق في الحضانة للمولى الأعلى؛ إذ لا رحم له. وعلى قوله، فلا حق للأسفل من باب الأولى.

اللخمي: ومِن شَرْط مَنْ له الحضانة من الرجال: وجود الأهل من زوجة أو سرية، قال: وهذا في الذكر، وأما الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام: ثابت، وساقط، ومختلف فيه. فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد، ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون، أو مأمونًا ولا أهل له؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخلُ رجل بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَحْرَمٌ"[٢].

واختلف إذا كان مأمونًا وله أهل، فقال في "الموازية": في الصبيةِ تتزوجُ أمُّها، ولها جد وعم: لهما أن يأخذاها، وأما الوصي فليس بينه وبينها محرم، وتكون مع زوج أمها؛ لأنه صار كالمحرم منها؛ إلا أن يخاف عليها عنده، فيكون الوصي أولى بها[٣].

وقال أصبغ: الوصي أولى بها من الأم إذا تزوجت، ومن العم؛ فالإناث وإن كن قد بلغن أبكارا، والأولياء إذا لم يكن بينهم وبينها محرم كالأوصياء. وقول مالك أصوب؛ لأنه لا ينفك مَنْ تكون في ولايته أن يطلع منها على ما لا يحل، لأن طول الصحبة والتربية يسقط التحفظ، وهذا فيمن بلغ منهن حد الوطء، وأما فيمن كان صغيرًا فيصح أن يقال: يكفلها الوصي إلى أن تبلغ حد الوطء، فتزوج. ويصح أن يقال بمنع ذلك لما عليها من الضرر في التنقل من قوم إلى قوم؛ لأنه يشق عليها نقلها عمن ألفته، وما ذكره من أول الفصل: أن شرط الرجل في الحضانة أن يكون له أهل، هو قول مالك في "مختصر ابن عبد الحكم " إذا تنازع الأب والخالة في الحضانة؛ الأب أولى إذا كان عنده من يحضنه، فراعى أهله؛ لأنهن العمدة في القيام بالأطفال، والغالب من الرجال التصرف، فإذا لم يكن لهم من يكفلهم ضاعوا[٤]. انتهى.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٧/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣٢/١.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٣٠٦٦) ومسلم، برقم (١٣٤٤).

(٣) انظر: الاستذكار: ١٣٧/٦، ومنح الجليل: ٢٩/٩.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١٦٣/١، المدونة: ٢٦/٢، وتهذيب المدونة: ٤١٦/١.

وقول مالك: إذا كان عنده من يحضنه. أحسن من قول اللخمي: إذا كان عنده زوجة أو سرية؛ لصدق كلام مالك على ما إذا كانت أمة للخدمة أو قرابة؛ لأن الغرض من يقوم بمصالح الصبي. المتيطي: ولمالك في "المدونة": الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة.

بعض القرويين: أراه يريد: الولد الذكر. قال في "الموازية": ولا يأخذ الأنثى إذ ليس بينه وبينها محرم. فجعل بعض شيوخنا ما في "الموازية" تفسيرًا لظاهر "المدونة"، وظاهر "المدونة" محتمل، لأن لفظ الولد والصبيان يقع على الذكور والإناث.

(ص): (**والأمُّ ثُمَّ أُمُّهَا أَوْلَى مِنَ الجَمِيعِ**)

(**ش**): هذا هو الوجه الثالث، أعني: إذا اجتمع الرجال والنساء، وقوله: (من الجميع)، أي: جميع الرجال والنساء، وحكى اللخمي، والمتيطي، وابن رشد، وغيرهم: الاتفاق على ذلك.

(ص): (**وفي الأبِ مَعَ بَقِيَّتِهِنَّ. ثالِثُها المشهورُ: يُقَدَّمُ على مَنْ بَعْدَ الجَدَّةِ للأبِ**)

(**ش**): القول بتقدمة الأب على من عدا الأم وأمها لمالك في "الموازية". والقول بتقدمة الجميع عليه لمالك في "الواضحة". والمشهور مذهب "المدونة": يقدم على من بعد الجدة للأب، فيقدم على الأخت وما بعدها، وتقدم الجدة عليه، ولو كانت نصرانية. وزاد اللخمي رابعًا لابن القاسم في كتب المدنيين: أن الخالة تبدأ على الأب، ويبدأ هو على أمه. وزاد غيره خامسا: أن الأب يقدم على من عدا الأم والجدة إن لم يكن مسلمات، وإن كن قدمن عليه، ونقل عن أشهب[1]. وذكر في "المقدمات"، في تقديم الأب على حميع قرابته، أو تقديمهن عليه، أو تقديمه على من عدا الجدة من قبله ثلاثة أقوال[2].

(ص): (**وقيل: الأبُ أَوْلَى مِن الأمِّ عنْد إثغارِ الذُّكورِ**)

(**ش**): يعني: فأحرى أن يكون مقدما على غيرها، وهذا القول رواه ابن وهب، عن مالك، ووجهه أن احتياج الولد إلى أبيه بعد الإثغار أكثر؛ لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم، واستحسن ابن القصار، وابن رشد، وغيرهما من الشيوخ استهام الأبوين على الذكر إذا أثغر، على ما وقع في بعض الآثار، وذهب إليه بعض العلماء خارج المذهب،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٦/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٩/١٠.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦١/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٦٣/٢.

وذهب الشافعي إلى أن الولد الذكر يخير بين أبويه، واختاره بعض الشيوخ، وترجح في الأنثى إذا كانت عند غير الأم.

(ص): (**وبَقِيَّةُ النِّسَاءِ أَوْلَى مِنْ بَقِيَّةِ الذُّكُورِ**)

(ش): ابن عبد السلام: لا خلاف في هذا في المذهب. اللخمي: كل من ذكر أن له حظًّا في الحضانة، فليس ذلك بواجب عليه، وهو في ذلك بالخيار من أب أو غيره، لأن لكلٍّ حنانًا وعطفًا، ما خلا الأم. واختلف هل تخير أم لا؟ أي: بناء على أنه حق لها، أو له. ابن محرز، والصواب عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

(ص): (**وأُمُّ الوَلَدِ تُعْتَقُ كالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ على الأَصَحِّ**)

(ش): يعني: إذا عتق أم ولده، وله منها ولد، فإنها أحق بحضانة ولدها على الأصح. والأصح هو مذهب "المدونة"، ووجهه: أن الفرقة حصلت بين الأبوين بالعتق هنا، كما حصلت بالطلاق. وقال ابن وهب: لا حضانة لها. قال: وإنما ذلك للحرة يطلقها زوجها(١).

(ص): (**كَالأَمَةِ المُتَزَوِّجَةِ في وَلَدِهَا الْحُرِّ يعْتقُ**)

(ش): قوله: (يعْتقُ)، بالياء المثناة من تحت، عائد على الولد، قال في "المدونة": وإذا أُعتق ولد الأمة وزوجها حر، فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها، إلا أن تباع إلى بلد غير بلد الأب، فالأب أحق به، أو يريد الأب انتقالا إلى غير بلده، فله أخذه(٢).

محمد: وكذلك أيضا إذا تزوجت الأم فالأب أحق به. قيل: وظاهر "المدونة" خلافه، وفيه نظر، وليس في "المدونة" ما يؤخذ منه أنها إذا تزوجت لا تسقط حضانتها، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج فالأمة أولى، وأسقط المصنف حرف العطف من قوله: (كالأمة)؛ لأنه قصد بذلك الاستدلال على مسألة أم الولد، وذلك لأن الأمة المطلقة إذا لم يسقط حقها في الحضانة، فالحرة التي كانت أم ولد وعتقها سيدها أَولى؛ لأن الحرة أقوى على صيانة ولدها من الأمة(٣).

واستشكل اللخمي وجوب الحضانة للأمة، لأنها مقهورة مشغولة بحق ساداتها، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج؛ لما يتعلق بها من حقوق الزوجية؛ فالأمة أولى؛

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٩، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٣.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠، وحاشية الصاوي: ٦/٣٦، والتلقين: ١/٤٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١١، وإرشاد السالك: ١/١٢٧.

لأن سلطنة الرق أقوى من سلطنة الزوجية. وقد جنح مالك إلى هذا المعنى في "مختصر ما ليس في المختصر"، فقال: إذا أُعتق الصغير وأمه مملوكة، وأمها حرة، فتنازعاه، فأمه أحق به - دنيا - إلا أن يكون ذلك مضرًّا به. فقوله: مضرًّا به. جنوح منه إلى النظر فيمن كان في الرق. وإلى هذا الإشكال أيضا ذهب ابن رشد، فقال: القياس أن تكون الجدة الحرة أحق بالحضانة من الأم؛ من أجل سيدها، كما إذا تزوجت الأم. قال: وإنما جعل الأم أحق، أي: في مسألة " المختصر"؛ لأنه رأى ألا يفرق بينه وبين أمه، ورآها أحق بحضانته من الجدة الحرة؛ لأن سيده هو الذي ينفق عليه من أجل أنه أعتقه صغيرًا، ألا ترى أن من قول مالك، وغيره في "المدونة"، وغيرها: أن من أعتق صغيرًا وأمه عنده: أنه لا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته؛ ليكون مع الأم في نفقة سيدها(١).

ابن هارون، وابن عبد السلام: إنما يتم هذا لو كان زمان الحضانة هو الزمان الذي ينفق فيه السيد على عبده، والزمان الذي لا يعرف بينه وبين الأم وولدها المعتق، وهي أزمنة ثلاثة: زمان الحضانة في الذكر إلى الاحتلام، وزمان النفقة على هذا المعتق أقل الأجلين، إما بلوغ الحلم، وإما بلوغه قدر ما يسعى فيه على نفسه، والزمان الذي لا يفرق فيه بين الأم وولدها الإثغار على ما عرف في المذهب. فالجواب على إشكال اللخمي: أن المرأة إذا تزوجت حصل بين زوجها الثاني وبين مطلقها بعض العداوة له ولولده، فَنُزِعَ الولد من الأم لهذا المعنى، بخلاف الأمة فإنها وإن شغلت بخدمة ساداتها، لا يبغضون ولدها كما يبغضه الزوج، ولا سيما إن كانوا هم الذين أعتقوه. وينبهك على ما أشرنا إليه من البغض ما لمالك في "الموازية": إذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه، ولا تضمهم مع أمهم. وقال سحنون في "أسئلة ابن حبيب": إذا كانت الجدة لا زوج لها، وهي ساكنة مع ابنتها في دار زوجها الثاني، لم يلزمها الخروج من الدار، ولم يكن للزوج حجة في بقاء الولد مع الأم والزوج الثاني في موضع واحد(٢).

ابن هشام: وبما في "الموازية" أفتى ابن العواد، وهي الرواية المشهورة عن مالك، وأصحابه، ولعل سحنونًا أراد: الصبي؛ لأنه لا كشفة فيه، وقد يقول في الصبية الكبيرة:

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٢، والكافي: ٢/٦٢٧، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٧، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣٢.

إن أباها يكره اطلاع زوجها عليها، ويمكن أن يكون ما قاله مالك في "الموازية" ليس معللا بالبغض، بل لأن للأب كما قال في "المدونة" تعاهد الولد عند الأم، وأدبهم، وبعثهم إلى المكتب، ولا يبيتون إلا عندها، فإذا سكنت الحاضنة عند أمهم لم يكن للأب تعاهدهم عندها بسبب ما يحدث بذلك مما لا يخفى.

(ص): **(والأبُ، والوَصِيُّ أَوْلَى مِنْ جَمِيعِ العَصَبَةِ على المَنْصُوصِ، ويُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرَ نُقْلَةٍ، وقيلَ: كَوَلِيّ النِّكَاحِ....)**

(ش): يعني: أن الذي نص عليه في الرواية: أن الوصي أولى من سائرالعصبة.

ابن بشير: وينبغي أن يجري الأمر على قولين، هل يكون مقدمًا، أو غير مقدم[1]. وقد قدمنا في الصلاة على الميت، وفي ولي النكاح، ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل، وهي: أن هذه الحقوق هل تكون كالحقوق المالية، فلمالكها أن يتصرف فيها، وينقلها إلى غيره، أو لا تكون كالحقوق المالية؛ لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه، لا في المنقول إليه؟

وهذا معنى قوله: (وقيل: كوليّ النِّكاحِ)، وعلى هذا فيكون قوله: (وقيل كولي النكاح) مقابل المنصوص، وكان ينبغي أن يبين أن هذا القول مخرج، وعلى هذا فقوله: (أولى) على المنصوص، أي: ومقابله لا حق له في الولاية، وإن كان لفظه يحتمل أن له حقًّا في الولاية، وليس بأولى، لكن لم أرَ ذلك. وكذلك يحتمل أن يكون قوله: (وقيل: كولي النكاح) اختلاف طريقة، ويكون أشار بذلك إلى: أنه هل يكون أولى من الولي، أو الولي أولى منه، أو هما سواء، أو كالأجنبي؟ لكن لم أر نقلا يساعده[2].

وقوله: (ويسافر بهم سفر نقلة) ظاهر؛ لأنه إذا كان للولي السفر بالطفل، والوصي أولى منه، كان الوصي أولى بذلك.

بعض الشيوخ: وإنما يقدم الوصي على الأولياء، ما لم يعلم أن ذلك من الأب، لشنآن بينه وبين جد الولد أو أخيه، فيقدمان على الوصي. قال: ولو كان الشنآن بينه وبين عم الولد أو ابن عمه لتقدم عليه الوصي؛ لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة له؛ لعداوة الأب.

(ص): **(وإذا اجْتَمَعَ المُتَسَاوُونَ رُجِّحَ الشَّقِيقُ، ثُمَّ بِالصِّيَانَةِ والرِّفْقِ)**

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٧، ومنح الجليل: ٩/٢٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٣، المدونة: ٢/٢٦، وتهذيب المدونة: ١/٤١٦.

(ش): وقع في بعض النسخ: (الشَّقِيقُ) من الشقاقة، وهو صحيح، وقد تقدم، وفي بعضها (الشفيق) من الشفقية، وهو أيضا صحيح ظاهر المعنى، وثم يرجح بالصيانة، ثم بالسن؛ لأن الغالب: أن الأسن أقرب إلى الرفق والصبر من غيره.

(ص): (**فإنْ غابَ الأقرَبُ؛ فالأبعَدُ، لا السُّلْطَانُ**)

(ش): هذا ظاهر، ولا مدخل له هنا، بخلاف النكاح.

(ص): (**وشَرْطُ الحَضَانَةِ: العَقْلُ، والأمَانَةُ، والكِفَايَةُ، وحِرْزُ المَكَانِ فِي البِنْتِ يُخَافُ عليها ولوْ كانَ أَبًا أو أُمًّا، ويأخُذُها مِنهمُ الأبْعَدُ....**)

(ش): لمن يستحق الحضانة شروط:

أولها: العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو كان غير مطبق، ولا لمن به طيش.

ثانيها: الكفاية، فلا حضانة لمن به زمانة، أو بلغ به المرض، أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف. اللخمي: أو يمكنه بمشقة[1].

ثالثها: الأمانة، فلا حضانة لمن يبذر ما يأخذه من نفقة المحضون، أو كان غير مأمون في دينه؛ لأن مَن هذا حاله يخاف أن يُدخل على المحضون فسادًا[2].

فرع

ويحتاج الحاضن أن يثبت الأمانة على ما ذكره ابن العطار، وابن الهندي، وغيرهما من الموثقين، واحتجوا لذلك بما في (إرخاء الستور) من "المدونة": أن الحضانة يستحقها من الأولياء من كان في كفاية وحرز وتحصين، وقد يكون الأب غير مأمون، فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته، أو يُدخل عليها الرجال، فهذا لا تضم إليه.

ابن القاسم: وينظر لها السلطان. المتيطي: فيما قيده الموثقون نظر عندي، والواجب أن يحمل على الأمانة فيهم، ولا يكلف بينة حتى يثبتوا عليه ذلك.

رابعها: المكان في البنت التي يخاف عليها، بخلاف الصبي، والصغيرة التي لا يخاف عليها. وقوله: (ولو كان أبًا)، يعني: أن هذه الشروط تعتبر في الحاضن مطلقًا، ولو كان أقرب الحاضنين أو الحاضنات، ولا يقال: إن قربه يسقط بعض هذه الأوصاف.

واختلف في السفيهة، فقيل: لها الحضانة. وقيل: لا. وهو قوله في "الموازية"، قال:

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٦/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٩/١٠.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: ١٠٦١/٣، وما بعدها، وبلغة السالك: ٤٦٣/٢.

ولا حضانة لسفيهة. ابن القاسم في وثائقه: ويلزم عليه العمى، والصمم، والقعد، والخرس، وقال اللخمي: إن كانت سفيهة في عقلها ذات طيش وقلة ضبط، لا تحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، أو كانت سفيهة فيما تقبضه، تبذره قبل انقضاء الأمر، فلا حق لها في الحضانة، بخلاف ما إذا كانت سفيهة مولى عليها ذات صيانة وقيام، ويشترط في الحاضنة ألا تكون جذماء ولا برصاء؛ وإن كان خفيفًا لم يمنع، وإذا كانت الحضانة لرجل روعي ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه في القيام، ودفع المضرة[١].

قوله: (ويأخذُه منهم الأبعدُ)، أي: إذا عدم من الأقرب بعض هذه الصفات أخذه الأبعد، وهو ظاهر.

(ص): (**وخُلُوُّ المَرْأَةِ مِنْ زَوْجٍ دَخَلَ بِهَا؛ إلا جَدَّ الطِّفْلِ، على الأصَحِّ**)

(ش): لما ذكر الشروط المطلوبة ذكر أن الحاضنة يشترط فيها أن تكون خالية من الزوج، لقوله عليه الصلاة والسلام: "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي". وسقطت حضانتها بالزواج؛ لاشتغالها بحقوق الزوج عن المحضون، وهذا هو المعروف. وفي "المتيطية": عن مالك: أنه ليس للوالد أخذ الولد من الأم، وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية[٢].

قوله: (إلا جَدَّ الطفلِ)، أي: فإن تزوج الحاضنة به لا يسقط حضانتها؛ لشدة حنوه على الولد.

واعلم أن تزويج الحاضنة بجد الطفل لا يمكن أن يتصور ذلك في حق الأم؛ لاستحالة أن تتزوج أم الولد بجده، وإنما يتصور في جدة الطفل ونحوها، والأصح مذهب "المدونة"، ومقابله لابن وهب: أنه لا يستثنى عنده أحدٌ من الأزواج، بل مطلق التزويج عنده مُسقِط؛ نظرًا لقوله عليه الصلاة والسلام: "مَا لَمْ تَنْكِحِي".

وقوله: (جدَّ الطفلِ): الأحسن جد المحضون، لأن الذي يتبادر إلى الذهن في العرف من (الطفل): أنما هو الواحد الذكر، وإن صح إطلاقه على أكثر من واحد؛ لقوله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١].

تنبيه

قوله: (إلا جدَّ الطفلِ)، نحوه لابن شاس، وابن بشير: إن تزوجت الأم، أو من لها

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٩، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٣.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠، وحاشية الصاوي: ٦/٣٦، والتلقين: ١/٤٢.

الحضانة، فإن لم يكن وليًّا للطفل فقد سقطت حضانتها، وإن كان وليًّا فقولانِ، المشهور ثبوت حضانتها، فأطلق في الولي. ونحوه للخمي، وصاحب " المقدمات"؛ ففي "المقدمات": وإن زوجها ذا رحم من المحضون، فلا يخلو من وجهين: أحدهما: أن يكون محرما. والثاني: ألا يكون محرما. فإن كان محرما عليه، فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب، أو ممن لا حضانة له كالخال والجد للأم، لا تأثير له في إسقاط الحضانة. وأما إن كان غير محرم عليه فلا يخلو أن يكون ممن له الحضانة كابن العم، أو ممن لا حضانة له كابن الخال، فإن كان ممن له الحضانة، فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منه فارغة من زوج، وإن كان ممن لا حضانة له سقطت حضانتها بكل حال، كالأجنبي سواء[1].

(ص): **(وإنْ كانتْ وَصِيَّةً فقولانِ)**

(ش): يعني: اختلف: هل يستثنى من النساء إذا تزوجن المرأة الموصاة، أم لا؟ قولان، وهما لمالك، وروي عن أشهب، وابن نافع: إذا أرادت النكاح له أن ينتزع الولد منها إن نكحت؛ لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب. وقال في موضع آخر: إن أفردت لهم بيتًا مع من يخدمهم، وأحسنت النظر لم ينزعوا منها.

فائدتان

قال غير واحد: لا يُسقط التزويجُ بالأجنبي الحضانةَ في ست مسائل هذه على أحد القولين. وإذا كان الولد رضيعا لا يقبل غير أمه. وإذا قبل وقالت الظئر لا أرضعه إلا عندي؛ لأن كونه في رضاع أمه - وإن كانت متزوجة - أرفق له من أن يسلم لأجنبية. وإذا كان من بعدها ممن له الحضانة غير مأمون. وإذا كان من بعدها عاجزًا أو غائبًا. وإذا لم يكن للولد قرابة من الرجال، ولا من النساء. ويزاد سابعة وهي: إذا كان الأب عبدًا والزوجة حرة، فلا يكون للأب أن ينتزعه منها إذا تزوجت.

ابن القاسم في "الموازية": إلا أن يكون مثل العبد القيم بأمور سيده، أو التاجر الذي له الكفاية، فيكون أولى بولده إذا تزوجت الأم، وأما العبد الذي يخرج في الأسواق، ويبعث في الأسفار فلا[2].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١١، وإرشاد السالك: ١/١٢٧.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٢، والكافي: ٢/٦٢٧، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣١.

الفائدة الثانية: قال في "المقدمات": اختلف بماذا يسقط الزوج الأجنبي حضانة زوجته؛ فقيل: بالدخول. وقيل: بالحكم عليها. وقيل: بأخذ الولد منها. وعلى هذا يأتي اختلافهم فيمن طلق امرأته وله منها ولد، فتزوجت ولم يعلم بتزويجها حتى مات عنها أو طلقها، أو علم بذلك ولم تطل المدة، هل له أن يأخذ الولد منها بعد خلوها من الزوج، أم لا؟

وأما إن علم بتزويجها، ولم يقم حتى طالت المدة، ثم طلقها الزوج او مات عنها، فليس له أن يأخذ الولد منها، لأنه يعد بذلك تاركا لحقه، على الخلاف في السكوت هل هو بمنزلة الإقرار، أم لا؟

(ص): **(ولا يُشْتَرَطُ الإسلامُ على المشهورِ، وتُضَمُّ إلى نَاسٍ مِنَ المُسْلِمِينَ، ولوْ كانتْ مَجُوسِيَّةً أَسْلَمَ زَوْجُهَا....)**

(ش): لا يشترط في الحاضن والحاضنة أن يكونا مسلمين على المشهور، وهو مذهب "المدونة"، والشاذ لابن وهب: لا حق لكافرة؛ لأنه إذا لم يكن لمن أثنى عليه بشر حضانة، فالكافرة أولى، واستحسنه اللخمي[1].

وقوله: (وتُضَمُّ إلى ناسٍ مِن المُسْلمين) ظاهره: أنها تضم مطلقًا. وفي "المدونة": والذمية إذا طلقت، والمجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام، فيفرق بينهما، ولهما من الحضانة ما للمسلمة، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، وإن خيف أن تفعل ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين، ولا ينتزعون منها، فلم يقل: إنها تضم، إلا إذا خيف منها.

(ص): **(ولا تَعُودُ بَعْدَ الطَّلَاقِ، أو الإسْقَاطِ، عَلَى الأشْهَرِ؛ إلا في إِسْقَاطِهِ لِعُذْرٍ)**

(ش): يعني: فلو تزوجت الأم، أو غيرها من الحاضنات، أو أسقطته هي، فهل لها أن تعود في الطفل، فتأخذه إذا طلقت، أو مات زوجها. فالأشهر وهو مذهب "المدونة": أنها لا تأخذه، ولا تعود لها الحضانة، والشاذ لابن وهب: أن تأخذه. وزاد في "المقدمات " ثالثا: أنها تسقط حضانتها في حال تزويجها، فإن طلقها الزوج، أو مات عنها، رجعت في ولدها. وفيه نظر؛ لأن هذا القول هو قول ابن وَهب؛ لأن ابن وهب لا يقول: إن لها الحضانة وهي متزوجة[2].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٧/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣٢/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٧/٦، ومنح الجليل: ٢٩/٩.

وهكذا قال ابن عبد السلام: صاحب " المقدمات"، وغيره. وهذا الخلاف إنما هو على مذهب من يرى أن الحضانة حق للحاضنة، واما على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الحق في الحضانة للمحضون: فلها أن تأخذ الولد متى خلت من الزوج.

ابن عبد السلام: واختلف في سكوت الحاضن الأقرب عن الحاضن الأبعد يأخذ الطفل، أو غيره ممن كان له في الحضانة حق، فتزوج مثلا، وبقي الطفل بيده، هل يكون سكوته تركًا لحقه في الحضانة؟ على قولين، إلا في إسقاطه لعذر كمرض، أو لسفر حجة الفريضة، ونحو ذلك، فإن لها الحضانة إذا زال عذرها[1].

فرعان

أولهما: قال في "الموازية": وإن تزوجت الأم، فأخذتهم الجدة للأم، ثم فارق الأم زوجها، فللجدة أن تردهم عليها، وليس للأب في ذلك حجة. ابن محرز، والمتيطي: أما لو ماتت الجدة، وطلقت المرأة فهي أحق من الأب.

الثاني: قال أشهب، عن مالك، فيمن توفي زوجها، فتركت أولادها خمسة أشهر، أو سبعة، ثم قيل لها: أنت أحق بهم ما لم تنكحي. فقالت: والله، ما علمت بهذا. قال: الشأن في هذا قريب، وقد تُجهَل السنة. وقد سئل عمن فارق زوجته، وله منها بنت، فطرحتها، وألحقت بأهلها، فقامت عندهم ما شاء الله، ثم تزوجت لا تتعرض لبنتها، ولا تريدها حتى ماتت، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها؟ فقال: إن كان لذلك سنة فأكثر فلا شيء لها؛ فقد تركوها ورفضوها، فإن كان لذلك سنة إلا يسيرًا فأرى لها أخذها، وإن تزوجها تزويجًا فاسدًا لا يُقران عليه، ودخل بها الزوج، ونزع منها الولد، ثم علم بفساد النكاح، ففسخ، فقال بعضهم: يرجع إليها الولد[2]. وقال غيره: لا يرجع.

ابن يونس: وهو أصوب. وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح.

(ص): **(وَيَسْقُطُ حَقُّ الأمِّ، وَغَيْرِهَا مِنَ الحَضَانَةِ إذَا سَافَرَ وَلِيُّ الطِّفْلِ الحُرِّ، أَبًا أو غَيْرَهُ، سَفَرَ نُقْلَةٍ سِتَّةَ بُرُدٍ، ولوْ كانَ رَضِيعًا، لا سَفَرَ نُزْهَةٍ، وتِجَارَةٍ؛ إلا أنْ تُسَافِرَ مَعَهُ....)**

(ش): يعني: إذا سافر ولي الطفل سواء كان الولي أبًا أو غيره، ودخل في قوله: (أو غيره): الوصيُّ وغيره، والحر أولى. يصح أن يقرأ بالخفض صفة للطفل، وبالرفع صفة للولي، لأنه إذا كان الولد أو أبوه رقيقًا لم يكن السفر مسقطًا للحضانة، بل إن كان العبد

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٣، المدونة: ٢/٢٦، وتهذيب المدونة: ١/٤١٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٦، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٩.

هو الولد، فليس لأبيه إذا سافر كلام، بل هو تحت نظر سيده في الحضن، وكذلك للسيد أن يسافر به، ولأمه اتباعه إن أحبت، وإن كان العبد هو الأب ففي "المدونة": ليس له حق إذا سافر، والأم أحق به، كانت حرة أو أمة؛ لأن العبد لا قرار له، ولا مسكن[1].

قوله: (سَفَرَ نُقْلَةٍ)، أي: سفر انتقال، وأما إن سافر سفر نزهة، أو تجارة فلا حق له، وإليه أشار بقوله: (لا سفر نزهة وتجارة)، أي: ونحوهما.

وقوله: (سِتَّةَ بُرُدٍ): هو بيان للسفر المسقط، يعني: وأما لو سافر سفرا قريبًا فإن ذلك لا يسقط حضانتها، لإمكان نظر الولي، وهذا التحديد لمالك في "الموازية".

وقوله: (ولَوْ كانَ رَضِيعًا) مبالغة، وهو المشهور، بشرط أن يقبل غير أمه. ولابن القاسم: ليس له أخذ إلا أن يكون فطيمًا قد استغنى عن أمه. ولمالك في "الموازية": لا يخرجوا بهم حتى يثغروا.

وقوله: (إلا أنْ تُسافِرَ معه)، يعني: أنه تسقط حضانتها بالسفر المذكور؛ إلا أن تتبعه فهي على حضانتها، ولا كلام للولي، وإنما سقطت الحضانة بهذا السفر، لأن نظر الولي لوصيه عام، ونظر الأم إنما هو في أمور خاصة، فكان تحصيل ما ينظر فيه الولي أولى من تحصيل ما تنظر فيه الأم، ولهذا كان الوصي مقدمًا على الأولياء إذا أراد سفرًا بالمحضون[2].

بعض شيوخنا: وإن كان للولد وليان، وهما في القعد سواء، فسافر أحدهما، فليس له الرحلة بالولد، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه، وكذلك إن لم تكن له أم، لأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى.

فرعان

الأول: قال جماعة: يشترط في إسقاط الحضانة بالسفر أن تكون الطريق مأمونة يسلك فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الذي ينتقل إليه، ولا يشترط أن لا يكون بين البلد الذي سافر إليه الأب، وبلد الحضانة بحر على الأصح، قاله ابن الهندي، وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ [يونس: ٢٢].

الثاني: إذا قلنا: للولي الانتقال بالولد. فقال ابن أبي زمنين: كان بعض من أدركنا

---

(١) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦١، وما بعدها، وبلغة السالك: ٢/٤٦٣.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/١٦٩، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٨٣.

من شيوخنا المقتدى بهم في الفتوى يفتون بأن الولي لا يكون أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحاضنة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه. وقال ابن الهندي، وابن الفخار، وغيرهما: بل له الأخذ إذا أراد الرحيل[1]. واحتجوا بقوله في "المدونة": إذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد؛ أن للأب أن يخرج بولده معه إذا ارتحل، وكذلك الأولياء، فلم يكلفه ببينة أنه قد استوطن. وعابوا الأول لأنه يؤدي إلى المشقة في الراحل إلى البعيد، وقد آوى إلى إسقاط حقه.

ابن الهندي: ويحلف لقد يريد استيطان ذلك البلد. بعض القرويين: وهذا يحسن في المتهم، وأما المأمون فلا يمين عليه. ووقع لسحنون في "أسئلة ابن حبيب": أنه كان يكشف عن انتقاله كشفًا شافيًا، فإن تبين ضرره منع، وإن كان خروجه حقيقة لا مضارًّا بالأم لم يمنع، وقيل للأم: اتبعي ولدك إن شئت. واستدل بعضهم على صدقه بقرائن الأحوال، فإن باع ربعه أو نحو ذلك صدق، وعلى أنه لا بد من الاستيطان بمدة غير محدودة، بل يرجع إلى اجتهاد الحاكم. عبد الحق: ووقع في "وثائق ابن الطلاع": تحرير المدة بالعام.

(ص): (وقالَ أَصْبَغُ: بَرِيدَيْنِ)

(ش): قوله: (وقال أصبغ: بَرِيدَينِ): يقتضي ثبوت معطوف عليه، وهو قوله: (سِتَّةَ بُرُدٍ).

ابن عبد السلام: ولم يثبت قوله: (ستة بُرُدٍ) في كل النسخ، ولم أر أنا نسخة إلا وفيها ذلك. وقال أصبغ في "الموزية": لأن فيها، عنه: ليس للأم أن تنتجع بولدها من الأسكندرية إلى الكريون[2].

اللخمي، وغيره: وبينهما بريدن، وقريب منه ما قاله مالك: في البعيد مرحلتان.

أبو إسحاق: وقول أصبغ ظاهر "المدونة"؛ لأنه قال: القريب البريد، ونحوه.

ولمالك أن مسيرة اليوم قريب للأم أن تخرج بالولد إليه. قيل: وهو الأقرب قياسًا على سفر القصر. ولمالك: حد القريب أن يكون بموضع لا ينقطع خبر الولد منه، من غير أن يحده بأميال. اللخمي: وهو بين، فرب قريب لا ينقطع خبر الولد منه، واستعلام حاله؛ لكثرة تردد أهله بين الموضعين، ورب قريب لا يعرف فيه حال الولد لقلة

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠، وحاشية الصاوي: ٦/٣٦، والتلقين: ١/٤٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢١١، وإرشاد السالك: ١/١٢٧.

التصرف فيما بين الموضعين. وقال ابن مغيث: الذي مضت الفتوى به عند شيوخ المذهب ما ذكره المصنف أولا: ستة برد. وقيل: إذا كان على رأس البريد هو بعيد.

وروى ابن وهب في "الموطإ": حتى يرتحل من المدينة إلى مصر. ومثله عن أشهب.

(ص): (**وسَفَرُهُ، أو سَفَرُ الأمِّ به دونَ ذلك، لا يَسْقُطُ، وفيها: كَالْبَرِيدَيْنِ**)

(ش): يعني: وسفر الولي، أو سفر الأم دون المسافة المسقطة لا يسقط حق الحاضنة؛ لأن ذلك لا يمنع الولي من النظر في أمر الطفل. وفي "المدونة": تحرير القرب بالبريد ونحوه. وقد تقدم أن أبا إسحاق أخذ منه أن البعيد بريدان كما قاله أصبغ، وكذلك قال ابن رشد في قول أشهب: لا يرحل بهم ثلاثة برد. هذا مثل ما في "المدونة": لا ينتجع بهم إلا في المكان القريب؛ البريد ونحوه. وما ذكره من تسوية سفر الولي والحاضنة نص عليه اللخمي، وغيره.

ابن راشد: وحيث قلنا: تخرج بهم الأم؛ فحقهم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب. وحكى في "الطرر"، عن ابن جماهر الطليطلي: أن الأم إذا خرجت ببنيها إلى الصائفة سقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم، ولو طلبت الانتقال بهم إلى موضع مصر، فشرط الأب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك، وكذلك إذا خاف أن تخرج بهم بغير إذنه، فشرط عليها إن فعلت ذلك فنفقتهم وكسوتم عليها؛ لزمها ذلك. قاله بعض الأندلسيين[1].

(ص): (**وفي استحقاقِ الحاضنةِ عنْها شيئًا قولانِ بناءً على أنَّه حقٌّ لهُ أو لهُا**)

(ش): قوله: (عنْها) أي: عن الحضانة. وما ذكر المصنف من منشإ الخلاف ذكره صاحب " المقدمات"، وابن بشير، فقالا: من رأى الحضانة حقًّا للمحضون أوجب للحاضن الأجرة على المحضون، ومن رآها حقًّا للحاضن لم ير له أجرة. وما قاله ابن عبد السلام من عكس هذا البناء ليس بظاهر، قال في "المقدمات": من رأى أن ذلك من حقها لم يرَ لها سكنى، ومن رأى ذلك من حق المحضون رأى أن لها كراء المسكن على الأب.

خليل: وفيه نظر؛ لأن المشهور أن الحق للحاضنة، والمشهور أن على الأب

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ١٦٢/١، والكافي: ٦٢٧/٢، وشرح الخرشي: ٢٣١/١٣.

السكنى، وهو مذهب "المدونة" خلافا لابن وهب. وعلى المشهور فقال سحنون: يكون السكنى على حسب الاجتهاد. ونحوه لابن القاسم في "الدمياطية"، وهو قريب لما في "المدونة". وقال يحيى بن عمر: على قدر الجماجم. وروي: لا شيء على المرأة ما دام الأب موسرًا. وقيل: إنها على الموسر من الأب والحاضنة. وحكى ابن بشير قولا بأنه لا شيء على الأم من السكنى، ورأى اللخمي: أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء، ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء شيئًا؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزاد عليه في الكراء، وعليها هي لأجل الولد، فعليه الأقل مما يزاد عليه، أو عليها لأجله، فإن كان ما يزاد عليها أقل أخذته؛ لأنه القدر الذي أضر بها، وإن كان ما يزاد عليه غرمه؛ لأنه مما لم يكن له بد ولو كان عنده. وفي "الطرر": لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع، فإذا خرج من الرضاعة كان عليه أن يسكنه. خليل: ولا أظنهم يختلفون في الرضيع[1].

فائدة

في المذهب مسائل اختلف فيها: هل هي على الرءوس، أم لا؟ منها هذه، ومنها أجرة كاتب الوثيقة، ومنها كانس المراحيض، ومنها حارس الأندر، ومنها أجر القاسم، ومنها التقويم على المعتقين، ومنها الشفعة إذا وجدت لشركاء، ومنها العبد المشترك في زكاة الفطر، ومنها النفقة على الأبوين، ومنها إذا أرسل أحد الصائدين كلبا، والآخر كلبين، ومنها إذا أوصى بمجاهيل من أنواع[2].

(ص): **(وعلى الاستحقاقِ، فإنِ استغرقَتْ أزمانَها فنفقةٌ، وإلا فأُجرَةٌ)**

(ش): يعني: وعلى القول باستحقاق الحاضنة على الحضانة أجرة، فإن أشغلها ما يتعلق بالولد في جميع أزمانها وجبت لها النفقة كالزوجة، وإن لم تستغرق أزمانها وجب لها من الأجرة بحسب ما يقرره أهل العرف لها.

اللخمي: وإن كان الولد يتيمًا فللأم أجرة الحضانة إن كانت فقيرة والابن موسرًا؛ لأنها تستحق النفقة في ماله، واختلف إذا كانت موسرة، فقال مالك: لا نفقة لها. وقال مرة: لها النفقة إذا قامت عليه بعد وفاة أبيه. وقال أيضا: تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركته لم يكن له بد من الحضانة. فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٧٧/٥، والبهجة في شرح التحفة: ٦٣٢/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ١٣٧/٦، ومنح الجليل: ٢٩/٩.

اللخمي: وأرى إن تأيمت لأجلهم، وكانت هي الخادمة والقائمة بأمورهم: أن لها النفقة، وإن كانت أكثر من الأجرة؛ لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من يقف عليها - وكأن من النظر للولد كونهم في نظرها -، وإن لم تكن تأيمت لأجلهم، أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة، وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم، واستأجرت من يقوم بخدمتهم، فإنها هي ناظرة بما يصلح للولد فقط لم أر لها شيئًا[١].

فرعان

الأول: إن لمن الولد في حضانتها من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة أو كسوة وغطاء ووطاء. وإن قال الأب: هو يأكل عندي، ثم يعود إليك. لم يكن له ذلك؛ لأن في ذلك ضررا على الولد وعلى الحاضنة؛ إذ الأطفال يأكلون في كل وقت. قاله غير واحد[٢].

وكتب شجرة إلى سحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب: إنها تأكل ما أعطيه؛ وطلب الأب أنه يأكل عنده ويعلمه، فكتب إليه: إن القول للأب؛ فجعل للحاضنة أن يأوي إليها فقط، والأول هو الأصل، ولعله ظهر صدقه في السؤال، وقد ذكر ابن يونس، عن مالك هذا التفصيل نصًّا في "العتبية".

الثاني: اللخمي: اختلف في خدمة الولد، ففي "المدونة": إن كان لا بد للولد من خادم لضعفهم عن أنفسهم، والأب يقوى على الإخدام أخدمهم. وقال ابن وهب في "الدمياطية": ليس عليه أن يخدمهم، وبذلك قضى أبو بكر على عمر رضي الله عنهما.

(ص): (وتَجِبُ على الوَلَدِ نفقةُ أبوَيهِ الفَقِيرَيْنِ - صَحِيحَيْنِ أو زَمِنَيْنِ، مُسْلِمَيْنِ أو كافِرَيْنِ - صغيرًا أو كبيرًا، ذكرًا أو أُنثى، وإنْ كَرِهَ زَوْجُهَا....)

(ش): يعني: أنه يجب على الولد أن ينفق على أبويه سواء كانا صحيحين أو زمنين، مسلمين أو كافرين، صغيرا أو كبيرا، وكذلك أيضا لو كان كافرا وهما مسلمان، هذا هو القول المشهور، وروى ابن غانم، عن مالك: أنه لا نفقة للأبوين الكافرين، واشترط أن يكونا فقيرين؛ لأنه لا نفقة لهما إذا كانا غنيين.

ابن لبابة: ويحلفه الولد على فقره استبراء للحكم[٣]. وقال غيره: لا يحلفه؛ لأنه من

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٣، المدونة: ٢/٢٦، وتهذيب المدونة: ١/٤١٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٥/٣٦٦، وحاشية الدسوقي: ١٠/٧٩.

(٣) انظر: الفواكه الدواني: ٣/١٠٦١، وما بعدها، وبلغة السالك: ٢/٤٦٣.

الحقوق، وبه الحكم.

(ص): (**ولا يُسْقِطُهَا تَزْوِيجُ الأمّ لفَقِيرٍ**)

(ش): أي: إذا تزوجت الأم فقيرًا فوجوده كعدمه، ونفقتها مستمرة على الولد، وكذلك أيضا لو كان الزوج مليًّا وافتقر، ولو كان يقدر على بعضها تمم الابن باقي النفقة. ولو كان الزوج مليًّا، وقال: لا أنفق عليها إن رضيت، وإلا فارقتها. فرضيت الأم، فقال الباجي: ينفق الابن. وقال اللخمي: لا ينفق إلا أن تكون قد أسنت والزوج على غير ذلك، أو يقوم الدليل على صحة قوله[1].

(ص): (**فإنْ كانَ أولادٌ مُوسِرُونَ وُزِّعَتْ، وفي تَوْزِيعِها على الرُّءُوسِ، أو على اليَسَارِ قولانِ**)

(ش): القول بأنها على الرءوس لابن الماجشون، وأصبغ. والقول بأنها على قدر اليسار لابن المواز. وقال مطرف، وابن حبيب: على قدر الميراث.

فرع

إذا كان للأب مال فوهبه، أو تصدق به، ثم طلب الابن بالنفقة، فللولد أن يرد فعله، وكذلك لو تصدق به على أحد ولديه، كان للولد الآخر أن يرد فعله. قاله اللخمي.

(ص): (**وكذلكَ خَادِمُهُ وخَادِمُها على المَشهورِ**)

(ش): هذا عائد على صدر الفصل، يعني: وكذلك يجب على الولد نفقة خادم الأب، وخادم الأم، على المشهور. والشاذ لابن عبد الحكم: ليس عليه أن ينفق على خادم أبيه. وفي "المدونة": يلزمه أن ينفق على خادم أبيه، وخادم زوجة أبيه؛ لأن خادم زوجة أبيه تخدمه.

ويحتمل كلام المصنف من حيث اللفظة أن يكون قوله: (وكذلكَ خَادِمُهُ) راجع إلى مسألة توزيع النفقة، وهو بعيد[2].

(ص): (**وكذلكَ إِعْفَافُهُ بِزَوْجَةٍ**)

(ش): يعني: وكذلك يجب على الولد أن يعف والده بزوجة. هذا قول أشهب، واختاره ابن الهندي. قيل، وهو المشهور عن مالك، وابن القاسم: إنه ليس على الولد

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١٦٩/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٣/٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢١١/٦، وإرشاد السالك: ١٢٧/١.

ذلك. وقاله المغيرة، وابن عبد الحكم، وفي رواية ابن نافع، وأشهب: إن كان رجلا نكاحًا يأتي امرأة لها شأن، فما أرى ذلك عليه[١].

اللخمي: إن كان محتاجًا إلى النساء زوجه، وإن لم يكن محتاجًا لهن، ويخدم نفسه، لم يكن عليه تزويجه، وإن لم يكن قادرًا على خدمة نفسه، أو كان مثله لا يتكلف ذلك كان تزويجه حسنًا. قال ابن رشد: لو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح، لانبغى ألا يختلف في وجوب ذلك على الابن، فالاختلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى النكاح[٢].

اللخمي: وينفق الابن على زوجة الأب، سواء كان الأب محتاجًا إليها في الإصابة أم لا، لأنه إن أسن يحتاج إلى رفق من يقوم به، ولأن عليه مضرة ومعرة في فراق زوجته لعدم النفقة، قال في "المدونة": وينفق على زوجة وإخوة لا أكثر. ولا إشكال في هذا إن كانتا أجنبيتين، وأما إن كانت إحداهما أمه، فاختلف في ذلك إذا كانت أم الولد فقيرة، فقيل: يلزمه نفقتهما؛ أما الأم فلفقرها، إذ لو فارقها الأب لكان عليه نفقتها؛ وأما الأخرى فلأنها لو كانت وحدها لزمته نفقتها. وقيل: لا يلزمه إلا نفقة أمه.

ابن يونس: وهو أشبه بظاهر الكتاب؛ إذ ليس عليه أن ينفق إلا على امرأة واحدة. وقال اللخمي: إنما ينفق على أمه فقط، إلا أن تكون أمه قد أسنت والأخرى شابة. وفي (الأبنية): فعليه أن ينفق عليهما جميعًا، ونقل ابن عيشون، عن ابن نافع: أنه ينفق على أربع زوجات الأب.

فرع

ولا يلزم الولد أن ينفق على زوج أمه الفقير. وقال في "الكافي": على الابن أن ينفق عليه. وفي "الإرشاد": أنه يجب على الابن أن ينفق على زوج الأم إن أعسر، إلا إن تزوجته فقيرًا[٣].

(ص): **(فَإِنْ كانتْ لهُ دارٌ لا فَضْلَ في ثَمَنِهَا، لَمْ تُعْتَبَرْ كَمَا يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ)**

(ش): تصوره ظاهر، واختلف إذا كانت للابن دار يسكنها، وليس للأب مال، فقال ابن القسم: لا تباع دار الابن لأجل نفقة الأب. وقيل: بل تباع. وعلى هذا: فيبيع دار

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٤٩٠، وحاشية الصاوي: ٦/٣٦، والتلقين: ١/٤٢.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٢، والكافي: ٢/٦٢٧، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥/٤٧٧، والبهجة في شرح التحفة: ١/٦٣٢.

الأب لينفق منها على نفسه أولى[١].

(ص): (وشَرْطُ نفقةِ الوَلَدِ والأبَوَيْنِ اليَسَارُ)

(ش): يعني: كما يشترط في طالب النفقة الفقر، فكذلك يشترط في معطيها اليسار.

الباجي: وتلزم نفقة الأبوين المعسرين، وإن قويا على العمل. وقال اللخمي: إن كان للأب صنعة تقوم به وبزوجته أجبر على عملها، وإن كانت تكفيه لبعض حاجته تمم الابن الباقي.

فرع

إذا طلب الأب من الابن النفقة، وادعى الفقر، وأنكر الابن فقر أبيه، وادعى أنه عديم، فقال ابن العطار، وابن أبي زمنين: الابن محمول على الملأ حتى يثبت خلافه، وعليه أن يثبت العدم. وقال ابن الفخار: بل على الأب إثبات ملاء ابنه. قال: وإن كان للأب ولد آخر وجب على الابن المدعي العدمَ إثباتُ عُدْمِهِ؛ لأن أخاه يطالب بالنفقة معه.

ابن العطار: وأما الوالد في نفقة الولد إن لم يثبت أنه ملك شيئًا، فالقول قوله مع يمينه، ومن ادعى أن له ملكًا فعليه البينة.

(ص): (وَتَسْقُطُ عَنِ المُوسِرِ بِمُضِيّ الزَّمَانِ، بِخِلافِ الزَّوْجَةِ)

(ش): يعني: لو كان الأب عديمًا، والولد موسرًا، أو العكس، فتحميل الموسر في النفقة زمانًا لم يكن له الرجوع بما تحيل على من تجب عليه نفقته؛ لأنها مواساة تدفع لسد خلة المحتاج في وقتها، وإذا انسدت تلك الخلة بوجه سقط الوجوب، بخلاف نفقة الزوجة فإنها واجبة بمعنى المعاوضة، ألا ترى أنها تجب لها ولو كانت غنية[٢].

(ص): (إلا أنْ يَفْرِضَهَا الحَاكِمُ، أوْ يُنْفِقَ غَيْرَ مُتَبَرِّعٍ)

(ش): إلا أن يفرضها الحاكم فيرجع ولو مضى زمانها، وكذلك أيضًا إذا أنفق غير متبرع، فإنه يرجع بما أنفق على الابن.

(ص): (ولا رُجُوعَ بِنَفَقَةِ الآبَاءِ وَالأبْنَاءِ إذَا أَيْسَرُوا بَعْدُ)

(ش): لأنهم لو أخذوا في الفقر بوصف الاستحقاق، فكان ذلك بمنزلة ما لو أخذ الفقير من الزكاة، ثم طرأ غناؤه؛ ولأنه لو كان له الرجوع لكان المدفوع أولا سلفًا،

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/١٣٧، ومنح الجليل: ٩/٢٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/١٦٣، المدونة: ٢/٢٦، وتهذيب المدونة: ١/٤١٦.

والفرض خلافه[١].

(ص): (**ولا تَجِبُ نَفَقَةُ جَدٍّ، ولا جَدَّةٍ، وَلا وَلَدِ الوَلَدِ**)

(**ش**): هذا هو المذهب.

فرع

اللخمي: ولو كان للابن صنعة فيها فضل عن نفقته لزمته نفقة أبويه، فإن كان له زوجة فللأب ما فضل عن نفقته ونفقتها، واختلف إذا كان له ولد، فقيل: يقسم الفاضل بينهما. وقال ابن خويزمنداد: يبدأ بالابن.

(ص): (**وتَجِبُ نَفَقَةُ مِلْكِ اليَمِينِ، وَإلا بِيعَ عَلَيْهِ**)

(**ش**): تصوره ظاهر.

فرع

إذا تبين ضرره بعبده في تجويعه، وتكليفه من العمل ما لا يطيق، وتكرر منه ذلك، بيع عليه.

وسئل ابن حارث عن مملوكة اشتكت إضرار سيدها بها وضربها، فقال: ليس الضرب - وإن صح - بالذي يدل على الضرر؛ إذ للمالك أن يؤدب مملوكه، وهو مصدق؛ إلا أن يظهر تعديه فيباع، ولا يكلف مملوكه إثبات الضرب؛ إلا أن يكون السيد مشهورا بالشر والتعدي، ويعرف بذلك، وثبت ذلك عليه مع أثر الضرب[٢].

ابن زرب: وروي عن مالك في "المملوكة " تطلب أن تباع: ينظر في أمرها، فإن كان ما هي فيه ضرر بيعت، وإلا فلا. قال: وكان بعض شيوخ بلدنا يفتون بأن تكرير الشكية منها يوجب بيعها، غير أن هذا إنما يكون في المجهول الحال، وأما إن كان السيد من أهل الخير فلا يجوز بيعها؛ إلا بثبوت الضرر[٣].

(ص): (**وكذلكَ الدَّوَابُّ إنْ لمْ يَكُنْ مَرْعًى**)

(**ش**): أي: إن لم يكن مرعى فتعلف أو تباع، كذلك أيضا إن كان المرعى لا يكفيها، ولا يكلف الدواب أيضا فوق طاقتها[٤].

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٦٦/٥، وحاشية الدسوقي: ٧٩/١٠.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١٦٩/١، وشرح مختصر خليل: ٤٨٣/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٤٩٠/١، وحاشية الصاوي: ٣٦/٦، والتلقين: ٤٢/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٢١١/٦، وإرشاد السالك: ١٢٧/١.

(ص): (ولا يَجُوزُ مِنْ لَبَنِهَا إِلا مَا لا يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا)

(ش): تصوره ظاهر[١].

(١) انظر: كفاية الطالب: ١/١٦٢، والكافي: ٢/٦٢٧، وشرح الخرشي: ١٣/٢٣١.

كتاب البيوع[1]

(ص): البيوع

(ش): أتى بجمع الكثرة؛ لتعدد الأنواع، وحد المازري البيع بأنه: نَقْلُ المِلكِ بِعَوَضٍ. وهذا يشمل الصحيح والفاسد، بناء على أن الفاسد ينقل الملك[2].

---

(١) معناه لغة: مقابلة شيء بشيء، على وجه المعاوضة، فيدخل فيه ما لا يصح تملكه كاختصاص، وما إذا لم تكن صيغة، وخرج بوجه المعاوضة رد السلام في مقابلة ابتدائه، فيطلق على مطلق المعاوضة قال الشاعر: [من البسيط]

ما بعتكم مهجتي إلا بوصلكم ... ولا أسلمها إلا يدا بيد

فإن وفيتم بما قلتم وفيت أنا ... وإن غدرتم فإن الرهن تحت يدي

ولفظه في الأصل مصدر، فلذا أفرد، وإن كان تحته أنواع، ثم صار اسما لما فيه مقابلة، ثم هو مصدر باع.

قال صاحب "المختار": "باع الشيء، يبيعه بيعا "بَيْعا" و"بِيْعا" شراه، وهو شاذ، وقياسه مباعا، و"باعه" اشتراه فهو من الأضداد، وفي الحديث: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبع على بيع أخيه" أي لا يشتري على شراء أخيه؛ لأن النهي وقع على المشتري لا على البائع، والشيء "مبيع" و"مبيوع" مثل: مخيط ومخيوط، ويقال للبائع والمشتري: "بيّعان" بتشديد الياء، و"أباع" الشيء عرضه للبيع و"الابتياع" الاشتراء، ويقال: "بيع" الشيء على ما لم يسم فاعله بكسر الباء، ومنهم من يقلب الياء واوا فيقول: "بوع" الشيء". انظر: لسان العرب: ٢٣/٨.

أما اصطلاحا: فقالت المالكية: دفع عوض في معوض، وبتعريف آخر: هو عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة. عرفه الحنابلة بأنه: مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا. انظر: مواهب الجليل: ٢٢٢/٤.

(٢) كل بيع فالأصل فيه الجواز إلا ما تعلق به ضرب من ضروب المنع.

وفساد البيع يكون بوجوه منها: ما يرجع إلى المبيع.

ومنها: ما يرجع إلى الثمن.

ومنها: ما يرجع إلى المتعاقدين.

ومنها: ما يرجع إلى صفة العقد.

ومنها: ما يرجع الحال التي وقع فيها العقد، وربما انفرد بعض هذه الأقسام بنفسه، وربما تداخلت، أما ما يرجع إلى المبيع فبكونه مما لا يصح بيعه، وذلك كبيع الحر، والخمر، والخنزير، في حق المسلم، وبيع النجاسات، وما لا منفعة فيه كخشاش الأرض، والكلاب، واختلف فيما يجوز الانتفاع به منها، وأما ما يرجع إلى الثمن فبكونه مما لا تصح المعاوضة بجنسه، ويرجع ذلك إلى أنه لا يصح بيعه. انظر: التلقين: ٣٥٩/١.

قال: وإن قلنا: إنه لا يَنْقُل لم يشمله، لكن العرب قد تكون التسمية عندهم حقيقة؛ لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية، وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام.

(خ): وإن أردت إخراج البيع الفاسد بوجه لا شك فيه، فزد: بوجه جائز.

(ر): وَتَرِدُ عليه أسولة:

الأول: إن البيع علة في نقل الملك، فتقول: انتقل الملك لمشتري الدار؛ لأنه ابتاعها. والعلة مغايرة للمعلول، فلا يمكن حد البيع بالنقل.

ثانيها: إن النقل حقيقة في الأجسام، مجاز في المعنى، والمجاز لا يستعمل في الحدود.

ثالثها: إن الملك مجهول؛ لأنَّا إنْ قُلْنَا: هو التصرف، انتقض بتصرف الوصي والوكيل، فإنهما غير مالكين، وَهُمَا يتصرفان، وقد يوجد الملك ولا تصرف في المحجور عليه، وقد يوجدان معًا في ملك الرشيد.

وإذا كانت حقيقة الملك مجهولة، فيكون عَرَّفَ البيع بِمَا هُو أَخْفَى مِنْهُ، والأقرب ما قاله.

(ع): إن حقيقة البيع معروفة لكل أحد، فلا تحتاج إلى حد.

وهذا الباب مما ينبغي أن يهتم به لعموم البلوى.

وقول بعض الناس: يكفي ربع العبادات. ليس بشي؛ إذ لا يخلو كل مكلف غالبًا من بيعٍ وشراءٍ، فيجب أن يعلم حكم الله تعالى في ذلك قبل التلبس به.

(ص): **للبيع أركان: الأول: ما يدل على الرضا من قولٍ، أو فعلٍ، فتكفي المعاطاة، وبعني. فيقول: بعتك...**[١].

(ش): اللام: للاختصاص، والركن: جزء الشيء.

وذكر للبيع ثلاثة أركان:

١ - ما يدل على الرضا.

٢ - والعاقد - والمراد به البائع والمشتري[٢].

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٣٧.

(٢) قال ابن القاسِمِ: إن باع مريض ليس فِي عقلِهِ فله أو لِوارِثِهِ إلزامه المبتاع.

ابن رشد: لأنه ليس بيعا فاسِدا، وكذا السكران بِغيرِ خمر بيعه أيضا موقوف، فإن سكِر حراما فروى سحنون أنه كذلِك لا يلزم بيعه.

=

٣ - والمعقود عليه.

وسيأتي كل واحد منها.

وعلى هذا فقوله: (للبيع أركان)، فيه حذف مضاف؛ أي: ثلاثة أركان. أو على حذف الصفة؛ أي: أركان ثلاثة. وإنما كان المتعاقدان من أركان البيع؛ لتوقف البيع عليهما.

وقوله: (الأول)؛ أي: الركن الأول: ما يدل على الرضا من قول، كقولك: بعت، وقول المشتري: قبلت، أو فعل، كالمعاطاة.

وقول الشافعية: لا دلالة للأفعال بالوضع، فلا ينعقد بها البيع. ليس بظاهر؛ لأنه لا يلزم من نفي الدلالة الوضعية نفي مطلق الدلالة؛ لبقاء الدلالة العرفية الدالة على الرضا. وهو المقصود؛ إذ المقصود من التجارة إنما هو أَخْذُ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما: لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]

وقوله: بعني. فيقول: بعتك. معطوف على المعاطاة؛ أي: ويكفي قول: بعني. من المشتري، فيقول البائع: بعتك. بعد قوله: بعني. كالقول؛ لأنه دال على الرضا.

(ص): **وفيها: لو وقفها للبيع، فقال: بكم؟ فقال: بمائة. فقال: أخذتها. فقال: لا. يحلف ما أراد البيع.**

(ش): ذكر هذه المسألة إثر الأولى لما بينهما من الارتباط، كما فعل ابن القاسم فيها. قال فيها: قيل: فإن قُلْتَ لرجل: بعني سلعتك بعشرة. فقال: قد فعلتُ. فَقُلْتَ: لا أَرْضَى. قال: قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم[1]، فقال: بكم هي؟ فقال: بعشرة.

=

قال اللخمي: وعلى هذا أكثر الرواةِ ولم يحكِ أبو عمر غيره، وزاد: ويحلف ما كان في بيعِهِ عاقِلا.

وفِي المدونةِ: لو باع الأمة رجل أو باعت هِي نفسها فأجاز ذلِك السيد جاز ولا كلام لِلمبتاع.

وقال عبد الوهابِ: فرق بين مسألتينِ قال مالِك: يجوز بيع مِلكِ الغيرِ ويوقف على إجازةِ ربهِ ولا يجوز بيع الآبِقِ وفِي كلامِ الموضِعينِ غرر، ثم وجه الوجهينِ.

وفِي رسمِ المكاتبِ مِن سماعِ عِيسى: من قال اشترِ مِني عبد فلان بِستين دِينارا فإني أعطيته فِيهِ عطاء أرجو أن يمضِيه لِي فقال له صاحِبه: قد اشتريته مِنك بِالستين ثم رجع البائع إلى سيدِ العبدِ فاشتراه مِنه بِخمسِين فقال: أكره هذا وإِن وقع أمضيته. انظر: التاج والإكليل ٦/٣٣١.

(١) قال مالِك فِيمن ساوم سِلعة: فماكسه المشترِي حتى وقفه المشترِي على ثمن فلم يزده البائع على

=

فقلت: قد رضيت. فقال: لا أرضى. إنه يحلف ما أراد البيع، وإن لم يحلف لزمه.

قال ابن القاسم: فكذلك مسألتك.

وذكر صاحب " البيان " في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: نفي اللزوم - لمالك في "المدونة" - إذا حلف.

الثاني: - لمالك في "العتبية" -: اللزوم.

الثالث: - للأبهري -: أنه إن كان ذلك قيمة السلعة وكانت تباع بمثله لزم البيع، وإن كان لا يشبه حلف ما أراد البيع، ولم يلزمه.

قال: وهذا الاختلاف إنما هو في السلعة الموقوفة للبيع، وأما إن لقي رَجُلٌ رَجُلا في غير السوق، فقال: بكم عبدك هذا؟ أو: ثوبك هذا؟ - لشيء لم يوقفه -، فقال: بكذا. فقال: أخذته. فقال: لا أرضى، إنما كنت لاعبًا. وشبه ذلك. فإنه يحلف على ذلك، ولا يلزمه البيع باتفاق، إلا أن يتبين صدق قوله، فلا يمين عليه بالاتفاق.

وقد ذهب بعض الناس إلى أن الخلاف في ذلك وإن لم تكن السلعة موقوفة للبيع.

(خ): وعلى هذا فيتحصل في المسألة أربعة أقوال:

الثلاثة المتقدمة.

والرابع: الفرق بين أن تكون موقوفة للبيع أو لا.

قال في "البيان": ومثل هذا المثال في الخلاف: لو قال السائم: أنا آخذه بكذا. فقال البائع: قد بعتك. فقال السائم: لا آخذه بذلك.

فقال ابن أبي زمنين: إذا قال البائع: قد بعتك بكذا، أو أعطيتك بكذا. فرضي المشتري، وأبى البائع، وقال: لم أرد البيع. لم ينفعه ولزمه البيع. وكذلك إذا قال المشتري: قد ابتعت منك بكذا. فرضي البائع، لم يكن للمشتري أن يرجع. ولو قال

=

هذا ولا قال له: إن رضِيت فخذ، وإنما قال: هِي بِكذا فيقول السائِم: أذهب بِها فأشاوِر فيقول: افعل فيذهب بِها المشاوِر ثم يرضى ويأتِي بِالثمنِ فيبدو لِلبائِعِ أن يقول بِعتها مِمن زاد عليك، ويقول: إنما بيني وبينك سوم فالبيع تام إن رضِيه المبتاع وليس من ساوم بِشيء فقال المبتاع: قد أخذتها فيبدو لِلبائِعِ كمن وقف على ثمنِ سِلعة ودفعها إلى المبتاعِ فذلِك يلزمه إلا أن يقبله المبتاع، وإِن هلك ذلِك بِيدِ المبتاعِ قبل أن يرضى بِهِ فهو مِن البائِعِ، انتهى. انظر: مواهب الجليل ١٧٣/٦.

البائع: أنا أعطيتكها بكذا، أو أبيعكها بكذا. فرضي المشتري، وقال البائع: لم أرد البيع. فذلك له، ويحلف. وكذلك لو قال المشتري: أنا أشتريها منك، أو آخذها. فرضي البائع ورجع المشتري كان ذلك له، ويحلف. قال: فافهم هذه الوجوه، فهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه[1].

وحاصله: التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فيلزم، أو بالمضارع فيحلف. فإتيان المصنف - رحمه الله - بمسألة المساومة بعد بعني يحتمل الاستدلال، ويكون المصنف رأى التساوي بينهما، كما رآه ابن القاسم.

ويحتمل أن يكون ذكره تنبيهًا على ضعف قياس ابن القاسم، كَمَا أَشَارَ إليه بعضهم؛ لأنَّ دلالة اللفظ في الأولى على الرضا أقوى منه في الثانية؛ لأنه طلب للبيع بلفظٍ صريحٍ في الطلب، وقد أمضى له المشتري ذلك بقوله: قد فعلت. فكلامه الثاني: لا أَرْضَى، يُعَدُّ نَدَمًا، فلا يُقْبَلُ منه.

وأما الثانية: فيحتمل أنه أوقفها ليعلم ما تُسَاوِي، ولا يبيعها، أو ليعلم ما تساوي، ثم يبيعها لآخر طلبها منه.

وقول السائل: بكم هي؟ يحتمل أن يريد: بكم أشتريها؟ أو بكم تبيعها؟ فإذا قال له السائل: قد رضيتها. فلا بدّ من جواب البائع؛ لكن لما كان كلامه الأول محتملا حلفه مالكٌ؛ لرفع الاحتمال.

ولعل مالكًا لو سئل عن الأولى لما قبل فيها من المشتري يمينًا.

ولهذا - الذي أشرنا إليه من أن اللزوم في (بعني) أقوى - ذكر صاحب "البيان" بعد أن ذكر الخلاف المتقدم في قوله: بكم؟ أنه اختلف إذا قال المشتري: بعني بكذا. فَلَمَّا أَرَادَ البَائِعُ أن يُلْزِمُهُ ذَلِكَ، أو قال البائع: خذها بكذا. فلما أراد المشتري أن يأخذها أبى، فقيل: إن ذلك كالمساومة، يدخل في ذلك الاختلاف المذكور، وهو الذي يأتي على ما في "المدونة"؛ لأنه يساوي بينهما.

---

(١) ظاهِر كلامِ المصنفِ أن البيع فِي هاتينِ الصورتينِ ينعقِد ويلزم المتكلم أولا، ولو قال الآخر بعد ما أجابه صاحِبه بِما يدل على الرضا: ما أردت الشراء أو ما أردت البيع وإِنما كنت مازِحا أو أردت اختِبار ثمنِ السلعةِ أو نحوه، وهو كذلِك على ما نقل ابن أبِي زمنِين فِي مقربِهِ ومنتخبِهِ عن ابنِ القاسِمِ فِي هاتينِ المسألتينِ والمسألتينِ اللتينِ بعدهما الآتِيتينِ فِي كلامِ المصنفِ مِن التفرِقةِ بين أن تكون الصيغة بِلفظِ الماضِي أو المضارِعِ وحكم بِاللزومِ فِي هاتينِ المسألتينِ، ولو، قال الآخر: لم أرِد البيع ولم أرِد الشراء وساقه يقبل قوله. انظر: مواهب الجليل: ١٦٢/٦.

وقيل: إن قول المشتري: بعني. بمنزلة قوله: قد اشتريت. واشترها بكذا. بمنزلة قوله: قد بعت.

يلزم ذلك كل واحدٍ منهما إذا أجابه صاحبه بالقبولِ والإمضاء في المجلس قبل التفرق.

وهو قول ابن القاسم، وعيسى بن دينار في "كتاب ابن مزين".

فإن قيل: فما الفرقُ على المشهور في هذه المسألة بينها وبين النكاح، فإنه لازم؟

قيل: قد تَقَدَّمَ الفرق في بابه، والله أعلم.

(ر): فرع

إذا تراخى القبول عن الإيجاب، فهل يفسد البيع أم لا؟

أشار ابن العربي في "قبسه " إلى الخلاف في ذلك، ثم قال: والمختار جواز تأخيره ما تأخر[1].

وفي "شرح الجلاب " المنسوب بإفريقية للشارمساحي ما يدل على اعتبار القرب.

قال فيه: وإذا نادى السمسار على السلعة فأعطى فيها تاجرًا ثمنًا، ولم يرض به البائع، ثم لم يزده أحد على ذلك، فإنها تلزمه بذلك الثمن، إلا أن تطول غيبته.

وفي "المقدمات": الذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، لم يكن له أن يرجع.

ومقتضى ذلك: أنه إن لم يجب في المجلس أنه لا يلزمه.

---

(١) إذا تراخى القبول عن الإيجابِ فهل يفسد البيع أم لا؟
أشار ابن العربِي فِي قبسِهِ إلى الخِلافِ فِي ذلِك ثم قال: والمختار جواز تأخِيرِهِ ما تأخر، وفِي شرحِ الجلابِ المنسوبِ بإفرِيقِية للشارمساحي ما يدل على اعتِبارِ القربِ قال فِيهِ: وإذا نادى السمسار على السلعةِ فأعطى فِيها تاجِر ثمنا لم يرض بِهِ البائِع ثم لم يزد أحد على ذلِك فإنها تلزمه بِذلِك الثمنِ إلا أن تطول غيبته، وفِي المقدماتِ الذِي يأتِي على المذهبِ أن من أوجب البيع لِصاحِبِهِ مِن المتبايِعِين إن أجابه صاحِبه بِالقبولِ فِي المجلِسِ لم يكن له أن يرجع ومقتضى ذلِك أنه إن لم يجِبه فِي المجلِسِ أنه لا يلزمه.
قال يعنِي ابن راشِد: والظاهِر ما قاله ابن العربِي بِدلِيلِ أن المحجور عليهِ إذا باع مِن مالِهِ أن لِوصِيِهِ الإجازة وإن طال الأمد، ولم يحصل غير الإيجابِ مِن المحجورِ مع قبولِ المبتاعِ، وإيجاب المحجورِ كالعدم، وكذلِك بيع الفضولِي يقِف القبول على رِضا ربهِ على المشهورِ وإن طال، ويمكِن أن يقال: حصل الإيجاب والقبول ونظر الوصِي والحاكِم أمرا جرت إليهِ الأحكام.
انظر: مواهب الجليل: ١٨٧/٦.

والظاهر ما قال ابن العربي، بدليل أن المحجور عليه إذا باع من ماله شيئًا أن لوصيه الإجازة، وإن طال الأمد ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع. وإيجاب المحجور كالعدم.

وكذلك بيع الفضولي يقف القبول على ربه، على المشهور، وإن طال الزمان. ويمكن أن يقال: حصل الإيجاب والقبول، ونظر الوصي والمالك أمر جرت إليه الأحكام. انتهى كلام (ر).

(ص): **الثاني: العاقد، وشرطه التمييز، وقيل: إلا السكران.**

(**ش**): أي: الركن (الثاني: العاقد)، ويعني به: البائع والمشتري[1].

(وشرطه: التمييز)؛ أي: وشرط صحة بيع العاقد وشرائه أن يكون مميزًا، فلا ينعقد بيع غير المميز ولا شراؤه؛ لصغرٍ أو جُنُونٍ أو إغماء أو سُكرٍ. ولا إشكال في الصبي والمجنون والمغمى عليه.

وأما السكران فهو مقتضى ما ذكره ابن شعبان، فإنه قال: ومن الغرر بيع السكران وابتياعه إذا كان سكره مُتَيَقَّنًا، ويحلف بالله - مع ذلك - ما عقل حين فعل، ثم لا يجوز ذلك عليه.

وظاهره: أنه لا ينعقد، لأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الغَرَرِ.

والذي ذكره صاحب " البيان " وصاحب " الإكمال": أنَّ مذهب مالك، وعامة أصحابه: أنه لا تلزمه عقوده، حتى تأول ابن رشد قو ل مالك في "العتبية" في نكاحه: لا أراه جائزًا. على أن معناه: لا أراه لازمًا، لا أنه فاسد.

وقال في موضع آخر: لا يقال في بيع السكران: أن مذهب مالك أنه غير منعقد،

(١) نحوه فِي الجواهِرِ قال: فِيها الركن الثانِي العاقِد وشرطه التمييز فلا ينعقِد بيع غيرِ المميزِ لِصِغر أو جنون أو إغماء وكذلِك السكران إذا كان سكره متحققا قال أبو إِسحاق: ويحلِف بِاللهِ مع ذلِك ما عقل حِين فعل ثم لا يجوز عليهِ، وقال ابن نافِع: ينعقِد بيع السكرانِ، والجمهور على خِلافِهِ.
وتبعه ابن الحاجِبِ، وتقدم لفظه، وهكذا قال ابن راشِد: فِي المذهبِ إن بيع السكرانِ المحققِ السكرِ لا ينعقِد على المشهورِ، وقال ابن نافِع: ينعقِد.
ثم قال فِي التوضِيح: إثر كلامِهِ السابِقِ والذِي ذكره صاحِب البيانِ وصاحِب الإكمالِ أن مذهب مالِك، وعامةِ أصحابِهِ أنه لا تلزمه عقوده، وتأول ابن رشد قول مالِك فِي العتبِيةِ فِي نِكاحِهِ لا أراه جائِزا على أن معناه لا أراه لازِما أنه فاسِد وقال فِي موضِع آخر: لا يقال فِي بيعِ السكرانِ أن مذهب مالِك أنه غير منعقِد، وإِنما يقال إنه غير لازِم. انظر: مواهب الجليل: ١٩٦/٦.

وإنما يقال: أنه غير لازم.

وإنما لم يصح بيع السكران، أو لم يلزمه؛ لأنا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده وكثرة وقوع البيع؛ لأدَّى إلى أن لا يبقى له شيءٌ، بخلاف طلاقه وقتله، وغير ذلك مما يتعلق فيه الحق لغيره؛ فَإِنَّا لَو لَمْ نعتبره لتساكر الناس؛ ليتلفوا أموال الناس وأرواحهم.

والشَّاذُّ لابن نافع: يلزم بيعه كطلاقه. قال في "الجواهر": والجمهور على خلافه. وإليه أشار بقوله: (إلا السكران)، أي: وقيل: يشترط التمييز، إلا أن يكون العاقد سكرانًا، فلا يشترط فيه التمييز.

وجعل المصنف الخلاف في السكران الذي لا يميز، وكذلك ذكر ابن شعبان والقاضي عياض. وعليه، فلا خلاف في لزوم البيع لغير الطافح.

وطريقة ابن رشد بالعكس، وقد تقدم ذلك في الطلاق.

(ص): **والتكليف شرط اللزوم**

(ش): أي: وشرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف، وأما لو صدر من صبي، فلوليه إمضاؤه أو رده، ولا يلزم كل مكلف؛ إذ قد يقوم به مانع، كالسفيه وغيره ممن حجر عليه، وهذا هو الظاهر هنا[1].

وقال (ر): عَبَّرَ بِالتكليف عن الرشد والطوع؛ لأن السفيه لا يلزمه البيع، بل لوليه أن يفسخه، وكذلك من أُجْبِرَ على البيع لا يلزمه، أعني: إذا أُجْبِرَ جَبْرًا حَرَامًا.

قال ابن سحنون: وأجمع أصحابنا على أن بيع المكره غير لازم.

واحترزنا بقولنا: جبرًا حرامًا، عن المجبر جبرًا شرعيًا، كجبر القاضي المُديانَ على

---

(١) لما ذكر ما يشترط فِي صِحةِ انعِقادِ البيعِ ذكر ما يشترط فِي لزومِ البيعِ لِعاقِدِهِ إذ لا يلزم مِن انعِقادِ البيعِ لزومه، والمعنى أنه يشترط فِي لزومِ البيعِ أن يكون عاقِده مكلفًا، فلو باع الصبِي المميز أو اشترى انعقد بيعه، وشراؤه، ولكِن لا يلزمه ولِولِيهِ النظر فِي إمضائِهِ، وردهِ بِما يراه أنه الأصلح لِلصبِي وظاهِر كلامِهِ أن بيع السفِيهِ البالِغِ، والعبدِ البالِغِ الذِي لم يؤذن له، والمفلِسِ لازِم لهم؛ لأنهم مكلفون، وليس كذلِك بل تصرفهم غير لازِم، ولِولِي السفِيهِ والسيدِ، والغرماءِ النظر فِي ذلِك وتبع المصنف فِي هذِهِ العِبارةِ ابن الحاجِبِ.

وقد اعترضه ابن عبدِ السلامِ وغيره بِما ذكرنا، ثم قال ابن عبدِ السلامِ: إلا أن يقال إذا أخذ التكلِيف مأخذ الشرطِ لا يلزم مِن وجودِهِ الوجود قال: وفِيهِ نظر هنا انتهى. انظر: مواهب الجليل: ٦/٢٠٤.

البيع للغرماء، وكجبر العُمَّالِ على بيعِ أموالِهم، فَإِنَّهُ جَائِزٌ، ويلزمهم البيع، سواءٌ كان السُّلطانُ يَرُدُّ المالَ على من كان أخذه منه، أو يأخذه لنفسه، كالمضغوط في دين لزمه؛ لأن إغرام الوالي العمال ما أخذوه من الناس حق فعله الوالي، وعليه أن يرده إلى أهله، فإذا حبسه فهو ظالم في حبسه. نقله ابن حبيب عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ.

(خ): وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح؛ لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف. وأما السفيه فلقائل أن يقول: لا نسلم أنه ليس مكلفًا بالبيع. فإن قيل: لو كان مكلفًا به لزمه البيع. قيل: يحتمل[1].

ولو قلنا: إنه مكلف بالبيع، أن لا نقول بإمضائه للحجر عليه، فتأمله.

ولا إشكال في عدم لزوم البيع لمن أجبر جبرًا حرامًا، فقد نص ابن القاسم على أن الذي يضغط في الخراج فيبيع متاعه أنه يرد متاعه عليه بلا ثمن، إذا كان بيعه إياه على عذاب، أو ما أشبه ذلك من الشدة. قال: لأن أخذ الثمن على ذلك ليس بأخذ.

(ر): وَسُئِلَ اللَّخْمِيُّ عن شابٍ مُرَاهِقٍ، أو بالغ نسب إليه أنه جنى جناية، فسجنه السلطان، وهو يتيم، كفله بعض أقاربه، فكلفه السلطان أن يغرم مالا، ويخرجه من السجن، فلم يقدر اليتيم على الخلاص من هذا المال بوجه، فباع شيئًا من رباعه بعد خروجه من السجن؛ ليؤدي من ثمنه ذلك المال. وكان هذا الفعل على وجه النظر له؛ لأنه يتقى عليه لو لم يجبه إلى غرم ذلك المال أن ينفيه من ذلك البلد، أو يأخذ بعض

---

(١) قال ابن راشِد: عبر يعنِي - ابن الحاجِبِ - بِالتكليفِ عن الرشدِ والطوعِ؛ لأن السفِيه لا يلزمه البيع بل لِولِيهِ أن يفسخ، وكذلِك من أجبِر على البيعِ لا يلزمه البيع يعنِي إِذا أجبِر جبرا حراما ثم قال خلِيل: وما ذكره مِن أن المكره غير مكلف صحِيح؛ لأن أهل الأصولِ نصوا على أن الإكراه الملجِئ يمنع التكلِيف، وأما السفِيه فلِقائِلٍ أن يقول لا نسلم أنه غير مكلف بِالبيعِ فإِن قِيل: لو كان مكلفا بِهِ لزِمه البيع قِيل يحتمل، ولو قلنا أنه مكلف بِالبيعِ إذ لا نقول بِإِمضائِهِ لِلحجرِ فتأمله.
قلت: أما كون المكرهِ على البيعِ غير مكلف بِهِ شرعا، فصحِيح لِعدمِ وجودِ الرضا المشترطِ فِي البيعِ، وأما ما ذِكره عن الأصولِيين فِي مسألةِ الإكراهِ الملجِئِ، فلا دلِيل فِيهِ؛ لأن مسألة الأصولِيين التِي اختلفوا فِيها هِي امتِناع تكلِيفِ المكرهِ عقلا، وجواز ذلِك عقلا فذهب المعتزِلة إِلى امتِناعِهِ عقلا، ورجحه ابن السبكِي فِي جمعِ الجوامِعِ، وذهب الأشاعِرة إِلى جوازِ ذلِك عقلا، وإِليهِ رجع ابن السبكِي آخِرا، وأما الشرع، فأسقط التكلِيف بِالإكراهِ فِي كثِيرٍ مِن المسائِلِ مِنها البيع وتوابِعه، ولم يسقِطه فِي بعضِ المسائِلِ، واختلف الفقهاء فِي إسقاطِهِ لِلتكلِيفِ فِي بعضِ المسائِلِ لِمدارِك مذكورة فِي محلها ليس هذا محل تفصِيلِها، وأما السفِيه فالظاهِر أنه غير مكلف بِالبيعِ أيضا؛ لأن التكلِيف هو الإلزام فإِذا لم يلزمه البيع، فهو غير مكلف بِهِ. انظر: مواهب الجلِيلِ: ٦/٢٠٥.

رباعه فيه، أو يأخذها كلها، أو لا يخرجه من البلد، وإنما يسجنه بالضرب والعذاب، فقال إذا كان الأمر على ما وصفت فبيعه ماض. ويغلب على ظني أني رأيت للسيوري نحو ذلك. وقال: المشتري من المضغوط مأجور؛ لأنه يخلصه من العذاب.

ابن رشد: والمذهب على خلاف ذلك. وقد تقدم قول ابن القاسم في ذلك.

وقال مطرف: سمعت مالكًا يقول في أهل الذمة يضغطون فيما يتعدى عليهم من جزيتهم، حتى يلجأوا إلى بيع متاعهم، في ذلك: لا يجوز عليهم ذلك البيع، وهم أولى بما باعوه أن يأخذوه بلا ثمن، وليتبع المشتري بالثمن ذلك الظالم.

قال مطرف: وكذلك في بيع السلم المضغوط؛ لأنه أعظم حرمة، ولأنه بيع إكراه، والمكره لا يلزمه بيع ما أكره عليه.

ابن حبيب: وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ، وقالا: وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

قال مطرف: وسواء دفع المبتاع الثمن للمضغوط، فدفعه المضغوط إلى الظالم الذي يضغطه، أو قبضه الظالم من المبتاع، فللبائع أخذ متاعه إذا ظفر به، كان بيد مبتاعه، أو بيد من ابتاعه منه، ويرجع به على من ابتاعه منه، ويرجع هو على الظالم. قال: ولو قبضه منه وكيل الظالم، فللمبتاع أن يرجع على الوكيل إن شاء، أو على الظالم إذا ثبت أنه أَدَّى المال إليه، أو ثبت أنه أوصى الوكيل بقبضه، وكلاهما ضامن مأخوذٌ به. ولو وجد المضغوط متاعه قد فات، فله الرجوع بقيمته، أو بثمنه الذي بيع به، إن كان الثمن أكثر، إن شاء على الوكيل، وإن شاء على الموكل. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ مثل ذلك.

مطرف: ولا قول للوكيل إن قال: كنت مكرهًا على القبض، وخفت منه على نفسي إن لم أفعل؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الخَالِقِ"(١).

ولو باع متاعه في مظلمة، ثم لا يدري، هل وصل ذلك الثمن إلى الظالم أم لا؟

نُظِر، فإن كان ظلمه له، وعداؤه عليه، وقهره له معلومًا حتى باع متاعه، فيحمل على أن الثمن وصل إلى الظالم، حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه، فلا

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٠٩٨) عن علي بن أبي طالب بسند متصل، وأخرجه أيضا عن ابن مسعود، برقم (٣٨٧٩) بإسناد ضعيف. لأن القاسم بن عبد الرحمن الهذلي لم يسمع عبد الله بن مسعود، وباقي رجاله الإسناد ثقات، عدا عبد الله بن عثمان بن خثيم القاري وهو مقبول.

يصل حينئذٍ إلى أخذ متاعه إلا بدفع الثمن. وسواءٌ علم المبتاع بِأَنَّ ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم.

قيل لمطرف: إنهم يخرجون عندنا من غير كبل. فيقفون لبيع متاعهم، فَإِذَا أمسوا ردوا إلى السجن، قد وكل عليهم حراس، أو أخذ عليهم حُمَلاء، والمشتري لا يعلم ذلك أو يعلم، ومنهم من هو في كبلٍ أو عذابٍ، ومنهم هارب قد أخذ متاعه فَيُبَاع، قد أمر بعض أهله ببيعه. قال: كل هذا سواء، وهو إكراه؛ لأنه أسيرٌ مغلوبٌ، فَلا يُبَالِي بعلم المبتاع أو جهله، إلا أن من علم مأثومٌ.

وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ، قالوا: وسواء كان عنده عين فتركها، أو باع خشية أن يزاد عليه أو لم تكن.

مطرف: ومن كان عالمًا بحال المضغوط، فاشترى شيئًا من متاعه، فهو ضامنٌ كالغاصبِ، وأما من لم يعلم، فيشتري في السوق، فلا يضمن الدُّورَ والحيوان، ويضمنُ ما انتفع به بأكلٍ، أو لبسٍ، والغلةُ له. وأما العالم فلا غلة له، وهو لها ضامن[1].

قال: وكل ما أحدث المبتاعُ فيه من عتقٍ أو تدبيرٍ، فلا يلزم المضغوط، وله أخذ رقيقه من المبتاع، سواء علم بحاله أو لم يعلم. وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ.

ولو أعطى المضغوط حميلا، فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيءٍ.

ولو أخذ ما أضغط به من رجل سلفًا، فقال أصبغ: يرجع عليه بما أسلفه؛ لأن السلف معروف.

وقال فضل بن سلمة: وعلى أصله فيرجع الحميل؛ لأن الحمالة معروف.

ولو باع ولد المضغوط، أو زوجته متاع نفسه برسم فدائه فالبيع لازم؛ لأن هؤلاء لم يضغطوا، إذ لو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا. قاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ.

---

(١) قال مطرف: فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفا مِن الظالِمِ لم يعذر لِقولِهِ صلى الله عليهِ وسلم "لا طاعة لِمخلوق فِي معصِيةِ الخالِقِ". وكذا كل ما أقر بِفعلِهِ ظلما مِن قتل أو قطع أو جلد أو أخذِ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل بِهِ مِثل ذلِك فإن فعله لزِمه القِصاص والغرم ابن عرفة: هذا ونحوه مِن نصوصِ المذهبِ مِما يبين لك حال بعضِ القضاةِ فِي تقويمِهِم من يعرفون جرحته شرعا لِلشهادةِ بين الناسِ فِي الدماءِ والفروج يعتذِرون بِالخوفِ مِن موليهِم القضاء مع أنهم فِيما رأيت لا يخافون مِنه إلا عزلته عن القضاءِ ابن عرفة: وبيع قرِيبِ المضغوطِ لِفِكاكِهِ مِن عذاب كزوجتِهِ وولدِهِ وقرِيبِهِ لازِم.التاج والإكليل ٣٣٦/٦.

حكى جميع ذلك ابن أبي زيدٍ في "نوادره"، ما عدا ما ذكرناه عن اللخمي والسيوري. انتهى كلام (ر).

(ص): والإسلام شرط المصحف والمسلم، وفيها: يصح، ويجبر على بيعه

(ش): في هذا الكلام حذف مضافين؛ أي: شرط جواز شراء المصحف والمسلم. وهذا متفق عليه، فليس الذي في "المدونة" خلافًا.

ويحتمل أن يكون التقدير: شرط صحة شراء المصحف والمسلم. ويدل عليه مقابلته له بما في "المدونة"، ويكون المصنف قدم الأول، إما لأنه قول سحنون وأكثر أصحاب مالك، وإما لأرجحيته بحسب الدليل؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا﴾ [النساء: ١٤١][1].

وهو في معنى النهي، والمذهب أن النهي يدل على الفساد.

والاحتمال الثاني أقرب إلى لفظه.

ويرجح الأول بأن الغالب أن المصنف لا يرجح غير ما في "المدونة".

وصرح المازري بمشهورية ما في "المدونة"؛ لأن الفساد يندفع ببيعه.

والشاذ لمالك أيضا في "الواضحة"، قال: ويعاقبان.

وينبغي أن يعاقبا أيضًا على مذهب "المدونة".

اللخمي: وأصل سحنون في كل بيعٍ حرامٍ أن البيع غير منعقد، وهو بعد القبض على ملك البائع.

ووقع لمالك في "مختصر ما ليس في المختصر " مثل ما تقدم له في "الواضحة "

---

(١) قال فِي المسائِلِ الملقوطةِ: يجبر الرجل على بيع مالِهِ فِي عشرةِ مواضِع الأول الكافِر يجبر على بيعِ عبدِهِ المسلِمِ، الثاني على بيعِ المصحفِ، الثالِث مالِك الماء يجبر على بيعِهِ لِمن بِهِ عطش فإِن تعذر الثمن أجبِر مِن غيرِ ثمن.

الرابع من انهارت بِئره وخاف على زرعِهِ الهلاك يجبر جاره على سقيِهِ بِالثمنِ، وقِيل بِغيرِ ثمن، الخامِس المحتكِر يجبر على بيعِ طعامِهِ، السادِس جار الطرِيقِ إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بِالقِيمةِ، السابع إذا ضاق المسجِد يجبر جاره على بيعِ ما يوسع بِهِ، الثامِن صاحِب الفدانِ فِي رأسِ الجبلِ إذا احتاج الناس إلى أن يتحصنوا فِيهِ، التاسِع صاحِب الفرسِ أو الجارِيةِ يطلبها السلطان فإِن لم يدفعها إِليهِ جار على الناسِ، وأضر بِهِم فإِنه يجبر على دفعِها لارتِكابِ أخف الضررينِ، العاشِر إذا أسِر رجل بِيدِ العدو، وامتنع الذِي هو عِنده مِن قبولِ الفِداءِ إلا أن يدفع إِليهِ عبد رجل معين فأبى صاحِبه مِن بيعِهِ إلا بِأضعافِ ثمنِهِ فإِنه يؤخذ مِنه بِالأكثرِ مِن قِيمتِهِ مِن فتاوى ابنِ رشد. انظر: مواهب الجليل: ٦/٢٣٦.

أنه يفسخ، ولو باعه لمسلم وتداولته الأيدي ويترادون الأثمان، فإن هلك عند النصراني، ولم يبعه كانت عليه القيمة.

قال اللخمي ومحمد: وقوله في رد البياعات: أن ذلك عقوبة؛ لئلا يعود إلى مثل ذلك، ولو كان البيع عنده لا ينعقد - كما قال سحنون - لم يضمن قيمته.

ورده (عُ) بأنه لا مانع من عدم انعقاده مع تعلق الضمان بمشتريه إذا قبضه؛ لأنه قبضه لحق نفسه قبضًا غير شرعيّ.

وقيد ابن رشد الخلاف بأن يكون البائع عالمًا بأن المشتري نصراني، قال: ولو باعهُ من نصراني - وهو يظنه مسلمًا - لبيع عليه ولم يفسخ العقد اتفاقًا.

وعورض مذهب "المدونة" هُنَا بِمَا في كتاب المديان، فيمن له دين على رجل فباعه من عدو المديان: أن يفسخ. ولم يقل: إنه يباع على مشتريه.

والجامع: أنه انتقال الملك إلى العدو في المحلين.

وأجيب: بأن الدين يتعذر بيعه غالبًا، بخلاف المسلم والمصحف.

ويلحق بالمسلم والمصحف بيع آلة الحرب للحربي، وبيعُ الدار لمن يتخذها كنيسة، والخشبة لمن يجعلها صليبًا، ونحو ذلك.

(ص): وله العتق والصدقة والهبة

(ش): أي: إذا قلنا بمذهب "المدونة": لو أسلم العبد فالغرض خروجه عن ملكه، فله أن يعتقه ويتصدق به ويهبه. وظاهره: ولو كانت الهبة لمن يعتصرها منه، كما لو وهبت النصرانية المسلم لولدها الصغير من زوج مسلم. وهو قول ابن الكاتب وأبي بكر بن عبد الرحمن، خلافًا لابن مناس.

المازري: بناء على أن من ملك أن يملك، هل يعد مالكًا؟ أم لا؟

واختار ابن يونس الجواز.

واحتج المانع بما في "المدونة"، فيمن ملك أختين فوطئ إحداهما، لا يحل له وطء الأخرى حتى يُحَرِّم الأولى، ولا يكفيه هبتها لولده الصغير؛ لقدرته على الاعتصار[1].

---

(١) وفرق ابن يونس بِأن مالِك الأختينِ له الاعتِصار والكافِرة ممنوعة مِنه، فإن اعتصرت أجبِرت على الإخراج.
الحط الخِلاف المذكور وترجِيح ابنِ يونس إنما هو فِي عبدِ النصرانِيةِ يسلِم، وذكره المصنف فِي اشتِراءِ الكافِرةِ فكأنه رأى أنه لا فرق بينهما وهو كذلِك.

=

وأجاب ابن يونس بأن مالك الأختين مسلم، فجاز له الاعتصار، بخلاف النصرانية، لا يجوز لها أن تعتصر العبد المسلم، كما لا يجوز لها أن تشتريه.

قال: وإن وقع الاعتصار منها بيع عليها. ويجب على قول غير ابن القاسم أن ينقض اعتصارها.

فرع

لو وهب النصراني العبد المسلم على أنه للثواب فلم يثبه، فله أخذه ليباع عليه، وإن وهب مُسْلِمٌ أو نصرانيٌّ عبدًا مسلمًا للنصراني أو تصدق عليه به جاز ذلك، وبيع عليه والثمن له.

(ص): بخلاف الرهن ويأتي بثقة، وقيل: بل يعجل

(ش): أي: أن العبد المشترى على مذهب "المدونة"، وكذلك العبد إذا أسلم ليس للسيد الكافر رهنه؛ لكونه باقيًا على ملكه. وحذف المعطوف عليه، أي: فيباع العبد ويأتي برهن ثقة. وحذف شرطًا، أي: إن أراد الكافر أخذ الثمن، وإلا فلو عجل له في الدين لكان ذلك له، وهذا هو مذهب "المدونة"[1].

وقيده بعض القرويين بما إذا انعقد على رهنٍ مُطْلَقٍ، قَالَ: وَأَمَّا إن رهنه هذا العبد بعينه لبيع عليه وحل حقه، ولم يكن له أن يأتي برهن آخر.

ابن يونس: وعاب بعض أصحابنا هذا القول، وهو جيد.

=

ففي هذا لا ينجي مِن المؤاخذةِ؛ لأن قوله وهو كذلِك إن أراد مِن جِهةِ النقلِ فلم يذكر ما يدل عليهِ، وإِن أراد مِن جِهةِ النظرِ فبينهما بون، فعلى المصنفِ المؤاخذة.منح الجليل: ٩/٣٤٤.

(١) قال بعض القرويين: إنما هذا إذا لم ينعقد البيع على هذا الرهن بعينه، وأما لو رهنه هذا العبد بعينه لبيع عليه وعجل الحق ولم يكن له أن يأتي برهن آخر مكانه لأنه إنما انعقد بيعه على هذا الرهن بعينه.

ابن يونس: وجه هذا أنه لما علم أنه يباع عليه عمد فرهنه ليستديم ملكه فمنعناه من ذلك وبعناه عليه وعجلنا للمرتهن حقه إذا شرط له تعيين هذا الرهن وهو مما يباع عليه فكأنه باعه بغير إذن المرتهن (كعتقه) ابن عرفة: المذهب بيع عبد الكافر يسلم عليه قالوا: وله العتق وهو واضح دليله في المدونة انتهى.

وهذا هو الفرع المذكور في هذا الموضع، وأما عتق الرهن فليس هاهنا موضع ذكره وقد نص عليه هو بقوله " ومضى عتق الموسر وعجل".

وكما نصوا على جبره على بيعه مسلما اشتراه كذلك نصوا على بيع من أسلم تحت يده فلعله نقص هاهنا شيء. انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٤٢.

وقيل: بل يعجل الثمن للمرتهن، وَإِنْ أَتَى الراهن برهن ثقة. ونسبه اللخمي وابن شاسٍ و(ر) لسحنون.

وحكى ابن يونس عن سحنون: أن ثمن العبد يبقى تحت يد المرتهن، ولا يعجل له، ولا يلزمه قبول رهن آخر؛ لأنه قد تحول أسواقه عند الأجل.

وعورض قول ابن القاسم هنا: أنه لا يلزمه تعجيل الثمن، بقوله فيمن أعتق العبد الرهن: إنه يعجل الثمن. وإنما يأتي على قول عبد الملك: أن له أن يأتي برهن آخر.

وأجاب ابن محرز بأن المرتهن كان عالمًا بإسلام العبد، فرهنهُ على ذلك، فكان النصراني متعديًا في رهنه لحق العبد، دون حق المرتهن، فلذلك كان له أن يأتي برهنٍ آخر، بخلاف الراهن يعتق الرهن، فإنه تعدى على المرتهن.

(خ): ولو قيل إذا ارتهنه مسلم وهو عالم بإسلام العبد: ببطلان الرهن، لكان له وجه؛ لأنه دخل على رهن لا يجوز.

وجعل اللخمي محل الخلاف: إذا كان الإسلام قبل الرهن، وأما إن أسلم بعد الرهن لم يعجل ثمنه إذا أتى برهن مكانه.

(ص): **وفي رده عليه بعيب أو الأرش قولان لابن القاسم وأشهب، بناء على أنه فسخ أو ابتداء**

(ش): أي: في رد العبد المسلم بسبب عيب كان في ملكه، أو تعين الأرش قولان.

والبناء الذي ذكره ظاهر ، فإن قلنا: إنه فسخ جاز رده، وهو قول ابن القاسم.

والقول الآخر لأشهب، وابن الماجشون، واختاره ابن حبيب.

(ص): **ولو كان الخيار لبائع مسلم، ففي منع إمضائه قولان، بناء على أنه ابتداء أو تقرير**

(ش): أي: لو باع المسلم عبدًا كافرًا لكافرٍ على أن **الخيار** للبائع، ثم أسلم العبد في مدة الخيار، فهل يمنع المسلم من إمضاء البيع أو لا؟

قولان: منشأهما:

هل بيع الخيار منحل؟ فيمتنع؛ لأنه كابتداء بيع، أو منبرم؟ فيجوز[1].

---

(١) اعلم أن بيع الغائب لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون على الخيار بالرؤية أو على الصفة باللزوم أو على رؤية سابقة، فالقسم الأول لم يتعرض له الناظم لأنه على خيار المشتري فالبيع =

والظاهر: المنع؛ لأن المعروف من المذهب انحلاله، ولو قلنا إنه منبرم؛ إذ لا فرق بين ما بيد المسلم دفع تقريره، وبين ابتداء بيعه، بجامع تمليك الكافر المسلم في الوجهين، وظاهره أن القولين منصوصان، وإنما ذكرهما المازري تخريجًا على الخلاف في بيع الخيار.

وقوله: (لبائعٍ): مُنَوَّنٌ. و(مسلمٍ): صفة له.

ولا يجوز أن يُقرأ: بائعُ مسلمٍ. بالإضافة؛ لأنه يقتضي أن العبد مسلم، ويبقى البائع أعم، وليس كذلك.

وتقييده الخيار بالبائع يقتضي أن الحكم بخلاف ذلك، إذا كان الخيار للمشتري، كما لو باع النصراني عبده النصراني على أن الخيار للمشتري، فأسلم العبد، فإن كان المشتري نصرانيًا استعجل استعلام ما عنده من رد أو إمضاء، ولم يمهل إلى تمام مدة الخيار؛ لئلا يدوم ملك الكافر للمسلم.

وإن كان المشتري مسلمًا، المازري: فظاهر "المدونة" أن المشتري يمهل إلى انقضاء أيام الخيار؛ لتعلق حقه بالتأخير، وهو مسلم، ولا يبطله حق مسلمٍ آخر، وهو: العبد الذي أسلم. انتهى. أي: فإن رده بيع على ربه.

وفي ابن يونس عن بعض أصحابنا: إن كان المتبايعان كافرين، والخيار إلى أجل تعجل؛ إذ لا بدّ من بيعه، فلا فائدة في تركه إلى الأجل، وإن كان أحدهما مسلمًا لم

=

لازم للبائع منحل من جهة المشتري فله أن يرجع قبل الرؤية وبعدها كما في النقل قاله (ز) ولا يشترط فيه وصف ولا رؤية سابقة ولا عدم البعد جداً. وأما القسم الثاني، وهو ما بيع على الصفة باللزوم فيشترط فيه عدم البعد جداً كما مر ولا يشترط فيه الغيبة عن البلد، بل عن المجلس فقط على المعتمد كان حاضراً بالبلد أو على مسافة عشرة أيام أو على أكثر مما لم يبعد جداً، وسواء وصفه للبائع أو غيره كما مرّ. نعم إذا كان حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة إلا إذا كان في فتحه مشقة كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده أو فساد كقلل الخل المطينة. وأما القسم الثالث، وهو ما بيع على رؤية سابقة فيشترط أن لا يتغير من وقت الرؤية لوقت العقد وأن لا يبعد جداً كما مر ويظهر لي أن عدم التغير بعدها يغني عن البعد جداً لأنه يلزم من البعد جداً تغيره تحقيقاً أو شكاً فتأمله. ولا يشترط فيه غيبته عن المجلس، بل يجوز ولو حاضراً بالمجلس، وبهذا تعلم أن الناظم أخل بقيد عدم البعد جداً في القسمين الأخيرين معاً على ما فيه ويقيد عدم التغير في الرؤية السابقة. انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٣١.

يعجل الخيار، إذ قد يصير للمسلم منهما.

فرع

إذا أسلم العبد وسيده غائب، وهو كافر، فإن كان بعيد الغيبة باعه السلطان، وإن كان قريب الغيبة كتب إليه؛ لئلا يكون قد أسلم قبله. قاله في "المدونة"[(١)].

فرع

قال المازري: وإذا أسلم عبد النصراني وجب بيعه عليه من مسلم، ولا يؤخر إلا بحسب الإمكان.

وهل يجوز له أن يبيعه على الخيار له؟

فيه نظر؛ لأن المبيع بالخيار على ملك البائع وخراجه له.

أو يقال: قد يحتاج إلى إثبات الخيار؛ للاستقصاء في الثمن، والعدول عن ذلك تضييق على الذمي، ولا يدفع الضرر بإثبات الضرر.

(ص): وفيها: الصغير كالمسلم، وقيل: لا

(ش): ظاهر هذا الكلام يقتضي أن الصغير الكافر لا يُبَاعُ إلا من مسلم، فإنه إن بيع

---

(١) نص المسألة في المدونة: "قلت: أرأيت العبد النصراني ومولاه نصراني، أسلم العبد وسيده غائب، أيباع على سيده أم ينتظر سيده حتى يقدم؟ قال: إن كان غيبة السيد قريبة نظر الإمام في ذلك ولم يعجل في بيعه، لعل سيده أن يكون قد أسلم فيكون العبد له على حاله عبدا، وإن كان بعيدا باعه السلطان ولم ينتظره. قال: وكذلك إن كانت أمة؛ لأن مالكا قال في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت النصرانية وزوجها غائب قبل أن يبني بها زوجها. قال مالك: ينظر السلطان في ذلك، فإن كان موضع الزوج قريبا استؤني بالمرأة وكتب إلى ذلك الموضع، لعله يكون قد أسلم قبل المرأة، فإن كان قد أسلم قبل المرأة فهو أحق بها. وإن كانت غيبته بعيدة لم يأمرها أن تنتظره، ولها أن تنكح مكانها إن أحبت. قلت: أرأيت إن تزوجت ولم تنتظره؛ لأن غيبته كانت بعيدة، فقدم الزوج وقد كان أسلم في مغيبه قبلها؟ قال: إذا أدركها قبل أن يبني بها زوجها فهو أحق بها، وإن بنى بها زوجها الثاني فلا نكاح بينهما؛ لأن مالكا قال في التي تسلم وزوجها غائب وقد كان دخل بها زوجها: إن كانت غيبته قريبة سئل عنه، وإن كانت غيبته بعيدة أنتظرته فيما بينها وبين أن تنقضي عدتها، فإن قدم زوجها وقد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني وقد كان إسلامه قبل إسلامها أو في عدتها فلا سبيل له إليها، وإن أدركها قبل أن يدخل بها وقد كان إسلامه على ما وصفت لك فهو أحق بها. قلت: ولم قال مالك هذا؟ قال: رآه مثل قول عمر بن الخطاب في التي يطلقها زوجها فتعلم بطلاقه ثم يراجعها فلا تعلم برجعته حتى تنكح زوجا غيره، أنه إن أدركها قبل أن يبني بها زوجها هذا الثاني فهو أحق بها، وإن أدركها بعدما بنى بها زوجها الثاني فلا سبيل للأول إليها، فكذلك هذه في إسلامها." انظر: المدونة: ٢٥٨/٤.

من كافرٍ أجبر على بيعه، هذا هو حقيقة التشبيه. والذي في "المدونة": قال ابن نافع عن مالك في المجوس: إذا ملكوا أجبروا على الإسلام، ويمنع النصارى من شرائهم، ومن شراء صغار الكتابيين، ولا يمنعون من شراء كبار الكتابيين. فلم يتعرض إلا إلى المنع ابتداءً[١].

وأما إذا وقع، فهل يجبر على بيعه؟ لم يتعرض له، ولهذا قال في "الجواهر " - لما نقل عن "المدونة" منع البيع -: قال في "العتبية": فإن بيع منه فسخ البيع.

قال الإمام: ويتخرج فيه على القول الآخر أنه يباع. فجعل فسخ البيع وصحته والجبر على البيع مفرعًا على ما في "المدونة".

قال في "تهذيب الطالب": قال مالك: وإذا بيع من النصراني من يجبر على الإسلام بيع عليهم ما اشتروا، إلا أن يتدينوا بدينهم فيتركون. قال عبد الحق: يعني: مثل المجوس.

وَتَأَوَّلَ صَاحِبُ " التنبيهات " ما في "المدونة" من منع بيع الصغار على الصغار الذين لا آباء لهم؛ لأنهم إذا لم يكن لهم آباء، فهم على دين من اشتراهم، فإذا اشتراهم مسلم لم ينبغ له أن يبيعهم من كافر، سواء وافق الصغير المشتري في الدين أو خالفه.

قال: وعلى هذا تأول المسألة بعض مشايخنا. وتأولها بعضهم على الصغار الذين ليسوا على دين مشتريهم، كصغار اليهود مع النصارى أو بالعكس؛ للعداوة التي بينهم.

قال: وهو بعيد؛ للتفريق بين الصغار والكبار.

وقوله: وقيل: لا، هو قول ابن المواز. قال: لأنا لسنا على يقينٍ من قبوله الإسلام.

وقوله في "المدونة": ولا يمنعوا من شراء كبارهم.

قال في "الجواهر": بشرط أن يسكن به أرض الإسلام، وأما إن كان يخرج به مُنع؛ لما يُخْشَى من اطلاع أهل الكفر على عورات المسلمين.

(ص): **وفي اليهودي مع النصراني قولان**

---

(١) وهذا في المجوس المسبيين أما المجوس الذين ثبتوا على مجوسيتهم بين ظهراني المسلمين، فلا يجبرون على الإسلام قاله في آخر سماع أصبغ من كتاب التجارة إلى أرض الحرب من البيان، وقبله ابن رشد، وقال: إنه صحيح؛ لأن المسبيين منهم إنما أجبروا على الإسلام من أجل أنهم لم يفقهوا دينهم، ولا عقلوه لما هم عليه من الجهل فكان لهم في ذلك حكم الصغار انتهى. انظر: مواهب الجليل: ٥٦/٦.

(ش): أي: وفي حكم اليهودي مع النصراني يباع أحدهما من الآخر قولان:

أحدهما: إن ذلك جائز؛ لأن المالك يشفق على ملكه، وليس فيه حق لله تعالى، فإن آذاه أمكن تدارك حقه بالمنع أو البيع.

والثاني: عدم الجواز؛ لما بينهما من العداوة.

والأول حكاه سحنون عن بعض أصحاب مالك. وهو ظاهر قول مالك من رواية ابن نافع عنه في "المدونة"، وقد تقدمت. ونسبه اللخمي والمازري وابن شاس لابن المواز.

والثاني: لابن وهب وسحنون.

اللخمي: وهو أقيس للعداوة التي بينهم.

(ص): وفي الكتابي يشتري غيره، ثالثها: يمنع من الصغير، وخرج على إجبارهم

(ش): يعني: أنه اختلف في جواز بيع المجوسي وغيره - ممن لا كتاب له - من كتابي على ثلاثة أقوال، وهكذا حكى المازري الثلاثة[1]:

الأول: الجواز مطلقًا.

قال: وهو ظاهر "المدونة"؛ لقوله فيها: ما علمته حرامًا، وغيره أحسن منه.

قال: وأطلق الجواب في الصغير والكبير.

المنع مطلقًا، وعزاه لابن عبد الحكم. والذي نسب اللخمي لابن عبد الحكم الجواز مطلقًا.

الثالث: الفرق: الجواز في الكبار، والمنع في الصغار، وعزاه لـ "العتبية".

وقيد صاحب " البيان " هذا الخلاف بالمجوسي المسبي الذي لا بصيرة له في دينه، وأما الذي ثبت على دينه بين ظهراني المسلمين، فلا خلاف أنه لا يجبر على الإسلام.

وقوله: وخرج، هذا التخريج للمازري، وهو تخريج توجيه؛ لأن الثلاثة منصوصة

---

(١) وهل منع الصغير إذا لم يكن معه أبوه مطلق أو إذا لم يكن على دين مشتريه تأويلان كان أولى ويدل لذلك كلام عياض انظر التوضيح وح ومفهوم القيد أنه إذا كان معه أبوه فلا كلام بالنسبة للابن؛ لأنه تابع لأبيه، وإنما ينظر للأب، فإن كان على دين مشتريه جاز وإلا فلا كما قال المصنف وجاز شراء بالغ على دينه فقول شارحنا تبعا لعبق وإلا بأن كان معه أبوه جاز أي مطلقا غير صحيح كما علمت (قوله: وأما المجوسي) أي وأما الصغير المجوسي يمنع بيعه لكافر اتفاقا كان معه أبوه أم لا. انظر: حاشية الدسوقي: ٥/٤٥٦.

على ما تقدم، أي: فعلى القول بإجبارهم مطلقًا، يمنع من بيعهم للكافر مطلقًا، وتصوره واضح.

وذكر صاحب " البيان " في باب الجنائز: أنه لا خلاف في جبر الصغير من المجوس. وقد قدمنا كلامه في باب الجنائز، وهو يخالف ما ذكره المازري والمصنف من حكايتهما الخلاف مطلقًا.

ويمكن أن يحمل كلام المازري على ما إذا كان مع الصغير أبوه، وكلام ابن رشد على ما إذا لم يكن، فيتفق الكلامان.

وفسر اللخمي والمازري الإجبار هنا بالتهديد والضرب، لا بالقتل.

المازري: لأنه لم يتدين بدين الإسلام، ثم ارتَدَّ عَنْهُ.

(ص): الثالث: المعقود عليه طاهر، منتفع به، مقدور على تسليمه، معلوم

(ش): أي: الركن الثالث: المعقود عليه، وهو: الثمن والمثمون. وشرط فيه أربعة شروط، واحترز بكل شرطٍ عَمَّا يُقَابِلُهُ، فَاحْتَرَزَ بالطَّاهر عن النجس، ولا يريد العموم في كل نجس، بل ما نجاسته ذاتية أو كالذاتية، وأما إن كانت نجاسته عرضية، فلا خلاف في عدم اعتبارها[1].

ثم أخذ يتكلم رحمه الله على الأول منها فالأول.

---

(١) ابن عرفة: فيحرم بيع النجس غير مضطر للانتفاع به (لا كزبل) ابن يونس: كره مالك بيع العذرة وهي رجيع الناس ليزبل بها الزرع أو غيره.
قال ابن القاسم: ولا بأس بأكل ما زبل بها.
قال: ولم أسمع من مالك في زبل الدواب شيئا إلا أنه عنده نجس فكذلك الزبل عنده، ولا أرى أنا ببيعه بأسا.
اللخمي: فعلى هذا يجوز بيع العذرة.
ابن بشير: هذا استقراء ضعيف.
وروى ابن الماجشون جواز بيع العذرة.
أشهب: ولا بأس ببيع خثاء البقر والغنم والإبل عند مالك لأنه طاهر، ومذهب المدونة منع بيع جلد الميتة.
ابن رشد: وأجاز بيعه وإن قبل دبغه ابن وهب: ابن القاسم: ولو باع جلد ميتة واشترى بثمنه غنما فنمت ثم تاب تصدق بالثمن لا بالغنم.
ابن رشد: هذا استحسان والقياس صدقته بفضل الثمن على قيمة الانتفاع بها (وزيت تنجس) تقدم عند قوله " ولا يطهر زيت خولط " قول ابن رشد وابن العربي وابن وهب. انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٥٠.

(ص): وفيها: منع بيع العذرة، ورأى ابن القاسم منع الزبل مخرَّجًا

(ش): هذا ما يتعلق بقوله: (طاهر)، وظاهر ما نسبه لـ "المدونة" التحريم، كابن شاس، والذي فيها: وكره مالك بيع العذرة.

قيل لابن القاسم: فما قول مالك في زبل الدواب؟

فقال: لم أسمع منه فيه شيئًا، إلا أنه عنده نجس، وإنما كره بيع العذرة؛ لأنها نجسة، فكذلك الزبل أيضًا، ولا أرى أنا ببيعه بأسًا.

قال أشهب في زبل الدواب: والمبتاع أعذر من البائع.

فانظر كيف عبر بالكراهة في موضعين! نعم عبر أبو عمران وعياض عن مالك بلا يجوز. وهو موافق للمصنف، ولعل الذي حملهم على ذلك التعليل بالنجاسة.

ونقل اللخمي عن أشهب في تمام كلامه الذي " في المدونة": وأما العذرة فلا خير فيها.

ونقل عنه أنه قال في "الموازية": بيعها للاضطرار والعذر جائزٌ والمشتري أعذرهما.

وقال محمد بن عبد الحكم: ما عذر الله واحدًا منهما، وأمرهما في الإثم واحد.

وبجواز بيع العذرة قال ابن الماجشون.

وأجرى اللخمي قولا لابن القاسم بجواز بيع العذرة من إجازته بيع الزبل.

وأنكر ذلك عليه ابن بشير، وزعم أنه تخريج في الأصول من الفروع، وهو عكس القواعد.

وما قاله اللخمي هو الظاهر؛ لأنه لا مانع لبيع كل منهما غير النحاسة، فإذا سلم اتحاد العلة، وجب وجود الحكم معها حيث وجدت.

وما فَرَّقَ به أبو عمران من أَنَّ نجاسة الزبل مُخْتَلَفٌ فيها، ونجاسة العذرة متفق عليها، مبني على مراعاة الخلاف، والأصل عدمه، وهذا القدر لا يوجب تخطئة الأئمة، على أن هذا الفرق لا ينهض عند ابن القاسم؛ لأنه لو نهض عنده لما ألزم مالكًا منع بيع الزبل بالقياس على العذرة.

(ص): والزيت النجس يمنع في الأكثر، بناءً على أنه لا يطهر، وفي وقوده في غير المسجد وعمله صابونًا قولان

(ش): قول الأكثر مبني على عدم تطهيره، وصرح المازري بمشهوريته.

ومقابل المشهور رواية وقعت لمالك، وبها كان يفتي ابن اللباد.

وفيه قول ثالث بجواز البيع لغير المسلم، وهو ضعيف؛ لأن المسلم لا يبيع ما لا يجوز له. وقد تقدم هذا الفرع في الطهارة.

والمشهور أنه يستصبح به في غير المساجد، ويعمل صابونًا، لكن تطهر الثياب بعد ذلك بالمطلق، ودلَّ كلامه على منعه في المسجد اتِّفَاقًا.

(ص): **وعظام الميتة، ثالثها: يجوز في ناب الفيل**

(ش): الخلاف مبني على الخلاف في الطهارة، والمشهور أنه نجس فلا يباع.

والثالث: نسبه في "الجوهر " لمطرف وابن الماجشون، ولا فرق عندهما بين أن يُغْلَى أو لا.

اللخمي: وناب الفيل كالقرن، يجري ما في القرن فيه.

قال: وهو قرن منعكس، وليست بأنياب، ولا في الفم، وأجرى الخلاف الذي في أطراف القرون في الظفر إذا قطع من موضع لا يألم.

وللأبهري قول رابع بالكراهة، ولابن وهب خامس بالجواز إذا غليت، والمنع إذا لم تغل.

فائدة

منع مالك في "العتبية" بيع الخبز المخبوز بروث الحمير. ونصها: وسألته عن الطعام يوقد تحته بأرواث الحمير، أيؤكل أم لا؟ فقال لي: أما الخبز الذي ينضج فيه فلا يؤكل، وأما ما طبخ في القدر فأكله خفيف، وهو يكره بدءًا.

وقال سحنون مثله.

وعلل ذلك في "البيان": بأن ما في القدر لا يصل إليه من عين النجاسة شيء من أجل الحائل الذي بينه وبينه، وإنما يكره من أجل دخان الروث لما في ذلك من الشبهة من أجل من يقول: إن الدخان نجس. وإن لم يكن عندنا بنجس.

قال ابن القاسم: ولا أرى أن توقد بعظام الميتة في الحمامات، ولا أرى بأسًا أن تخلص بها الفضة. وقال في "المدونة": لا يطبخ بعظام الميتة، أو يسخن بها الماء لوضوء أو عجين، ولا بأس أن يوقد بها على طوب أو حجارة للجير.

عياض: وظاهره جواز الانتفاع بعظام الميتة، خلاف لما في "الموازية" من أنه لا يحمل الميتة إلى كلابه.

وقيل: لعله تكلم بعد الوقوع، لا في الجواز ابتداء.

وقيل: لعله وجدها مجتمعة، فأطلق النار فيها، فكانت كجواز سوق الكلاب للميتة. وهو بعيد؛ لأن طبخ الجير لا يتصور إلا بترتيب وعمل، وظاهر المسألة: استعمال الطوب والجير في كل شيء؛ لأنه وإن باشر النجاسة، أو داخله من رطوبتها شيء فقد أذهبت النار عينها وأثرها، وكذلك ما طبخ من الفخار بها، بخلاف ما ينعكس فيه دخانه من الطعام أو يلاقيه من رطب الشواء والخبز بهما. وإن كان أبو جعفر الأبهري حكى عن مالك أن ما طبخ من الفخار بنجاسة لا يجوز استعماله، وإن غسل. وهو قول ابن القابسي وغيره.

وقال ابن شبلون: لا تستعمل إلا بعد غسلها وتغلية الماء فيها، كقدور المجوس. وهو الصواب عندي، بل هي أخف؛ لأن الدهنية قد أكلتها النار حتى لا يبقى لها عين ولا أثر. انتهى بمعناه.

قال شيخنا رحمه الله تعالى: ينبغي أن يرخص في الخبز بالزبل في زماننا بمصر لعموم البلوى به، وأن يراعى فيه قول من رأى أن النار تطهر، وأن النجاسة إذا صارت رمادًا طهرت.

ولنا قول بطهارة زبل الخيل، وقول بكراهته منها، ومن البغال والحمير، فيخف الأمر مع مراعاة هذا الخلاف، وإلا فيتعذر على الناس أمر معيشتهم غالبًا، والحمد لله على خلاف العلماء، فإنه رحمة للناس.

(ص): **وفيها: منع جلود الميتة، وإن دبغت. وقيل: يجوز. وفيها: جواز جلد السبع المذكى، وإن لم يدبغ. وقيل: لا يجوز**

(ش) القولان في جلد الميتة مبنيان على الطهارة. ومقابل المشهور - لابن وهب - جواز البيع بعد الدبغ بشرط البيان. وهو قول مالك في "المختصر"، ومقابل المشهور في جلد السبع لأشهب مقيد بعدم الدبغ، وأما إذا دبغ فيجوز. كذا نقله ابن عبد البر عنه.

وفرق ابن حبيب بين العادية فيمنع، وبين غيرها كالهر والثعلب، فيجوز بيعها والصلاة عليها.

(ص): **وفي كلب الصيد والسباع قولان**

(ش): هذا راجع إلى القيد الثاني، وهو قوله: (منتفع به)، وهكذا قال (ر)؛ أي: وفي

منع بيع الكلب أو جوازه، والمشهور المنع[1].

وقال في "البيان": وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون.

سحنون: أبيعه وأحج بثمنه. وشهرة بعضهم.

وعن مالك قول ثالث بالكراهة.

وعن ابن القاسم قول رابع بجواز اشترائه، ومنع بيعه، حكاه ابن زرقون. وحكى عنه ابن رشد وغيره كراهة بيعه.

ولمالك في "المدونة": يجوز بيعه في الميراث والدين والمغانم، ويكره بيعه للرجل ابتداء.

وهذا الخلاف إنما هو في مباح الاتخاذ، وأما غيره فلا خلاف في عدم جواز بيعه، وأن ثمنه لا يحل. ونقل ذلك في "البيان".

وعلى المشهور فروى أشهب: يفسخ إلا أن يطول.

وحكى ابن عبد الحكم: يفسخ وإن طال.

قوله: (والسباع)، قال بعض من تكلم على هذا الموضع: أي: وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع، وفي معناه: كلب الزرع فإن اتخاذ الكلب لذلك جائز. اختلف في بيعه كما ذكر المصنف، ونقله الباجي وغيره.

وذكر المازري خلافًا في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياسير والفنادق.

وللمنع ذهب ابن القصار.

وأجاز فيه شيخنا رحمه الله وجها آخر، وهو: أن يريد بالسباع: السباع التي في معنى الكلب كالفهد ونحوه.

---

(١) اتفق أهل المذهب أنه يجوز بيع الكلاب المتخذة لحفظ المواشي مما يعدو عليها من الحيوان المفترس وبيع الكلاب المتخذة في البادية واختلف في بيع كلاب الصيد وفي بيع السباع كالفهود ونحوها ففي النوادر ولا بأس باشتراء كلاب الصيد ولا يعجبني بيعها وقال سحنون نعم يجوز بيعها بثمنها وهي مثل كلاب الحرث والماشية والصيد ابن الحاجب.

وفي كلب الصيد والسباع قولان التوضيح أي وفي منع بيع الكلب وجوازه قولان والمشهور المنع قال في البيان وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون وشهره بعضهم وعن مالك ثالث بالكراهة وعن ابن القاسم رابع بجواز اشترائه ومنع بيعه حكاه ابن زرقون. انظر: شرح ميارة: ٥١٣/١.

وهو الذي اقتصر عليه (ر) فقال: يعني: السباع التي في معنى الكلاب، كالفهود ونحوها، بناء على وجود المنفعة فيها، أو كونها منفعة يسيرة، فلا تقابل بالعوض.

(ص): **ويجوز بيع الهر والسباع لتذكيتها لجلودها، فإذا ذكيت بيعت جلودها، وصلى فيها وعليها، بخلاف الكلب مطلقًا**

(**ش**): هذا معنى ما في "المدونة" في كتاب الضحايا. وعلى القول بأن جلود السباع لا تعمل فيها الذكاة، فلا يجوز البيع هنا، واستشكل الجواز بوجهين:

أحدهما: لا يُدرى أيسلم الجلد أم لا؟

وأجيب: بأنه يحتاط له من اللحم.

والثاني: لا يُدرى، أرقيق أم غليظ؟

وأجيب: بأنه مما يعلم بالعادة، لا سيما القصابون.

ويؤخذ من هذه المسألة جواز بيع الجلد، وهو على ظهر الحيوان؛ لأنه لما كان السبع لا يؤكل لحمه على المشهور، فإذا بيع لجلده فكأن البائع لم يبع إلا جلده فقط. وحصل في البيان في بيع الجلد قبل الذبح ستة أقوال:

الأول: الجواز.

والثاني: الكراهة، ويمضي بالثمن.

والثالث: الكراهة، ويفسخ، إلا أن يذبح البائع الشاة فيمضي بالثمن.

والرابع: الكراهة ويفسخ، إلا أن يقبضه المبتاع، فيمضي بالثمن.

والخامس: يفسخ، إلا أن يقبض المشتري الجلد، ويفوت عنده، فيمضي بالثمن.

والسادس: إن شراءه لا يجوز ويفسخ، فإن فات عند المشتري صح بالقيمة.

وقوله: بخلاف الكلب مطلقًا (ر): يعني: أن الكلب غير المأذون في اتخاذه لا يجوز بيعه لمن يبقيه حيًا، أو يذكيه لأجل جلده؛ لوجود النهي عن بيعه، وعن اتخاذه.

(خ): ويدخل في قوله: مطلقًا، المأذون في اتخاذه.

(ص): **ولا يباع من في السياق**

(**ش**): (ع): من هنا ابتدأ بالكلام على ما يتعلق بقوله: (منتفع به)، لا ما تقدم أولا؛ لأن المنافع إذا كانت ممنوعةً شرعًا، فهي كالمعدومة حسًا، وهو الذي في "الجواهر"؛ لأنه تكلم على مسألة الكلب، وما بعدها لما تكلم على قوله: (منتفع به)، ولأنه لو كان كما قال (ع) للزم أن يكون الكلام على الكلب داخلا في مقابل قوله: (طاهر)، وليس

بجيد؛ لأن الكلب طاهر عندنا[1].

وما ذكره المصنف خاص بالرقيق، وما لا يؤكل لحمه؛ لأنه من أكل المال بالباطل، وأما مأكول اللحم فيباع؛ ليذكى، فيجوز بيعه؛ لحصول المنفعة به قاله (ع).

(ص): **ويجوز بيع المريض المخوف، والحامل المقرب على الأصح**

(**ش**): يعني: إن كان الحيوان مما يؤكل لحمه فيجوز بيعه؛ لأن المنفعة به حاصلة في الحال، وإن كان مما لا يؤكل لحمه، المرض خفيف فيجوز أيضًا، وإن كان مخوفًا، أو الحامل مقربًا من الولادة، فذكر المصنف أن الأصح الجواز، وهو الأقرب.

وأشار غيره إلى أن الأصح المنع؛ لأن الموت حينئذٍ كثير، بدليل منعه مما زاد على الثلث، ولعل الخلاف فيه خلاف في حال.

(ص): **ولا يباع الطير في الهواء، والسمك في الماء، والآبق، والشارد، والإبل المهملة؛ لاستصعابها**

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: مقدورًا **على** تسليمه وتصوره واضح.

اللخمي: وبيع الآبق فاسد إن اشترط أنه من المشتري، أو أنه من البائع حتى يقبضه المشتري، أو على أن طلبه على المشتري، أو على البائع بشرط النقد، أو بغير النقد على أنه للمشتري، على أية صفة وجد عليها، أو على أنه **على** صفة كذا، أو لا يُدرى متى يجده؟ قريبًا أو بعيدًا.

وإن كان البيع بغير نقد، وعلى أن طلبه على البائع، فإن وجده على صفة كذا أو في وقت كذا، أو ما يقارب ذلك جاز؛ لأنه لا غرر فيما عقد **على** هذه الصفة، - وقد قال ابن القاسم فيمن قال: اعصر زيتونك فقد أخذت زيته كل رطل بدرهم. وكان يختلف في خروجه: لا خير فيه، إلا أن يشترط إن خرج جيدًا، أو أنه بالخيار ولا ينقد - إن عرف مكانه وقبض وسجن، وعرفت حاله بعد وجوده، ولا خصومة فيه، وقرب موضعه جاز العقد بالنقد، وإن بعد جاز العقد وحده.

وإن لم تعلم صفته لم يجز عقده ولا غيره إلا أن يقول: إن وجد على ما كنت

---

(١) (و) لا يصح أن يباع (ما بلغ) من الحيوان (السياق): أي نزع الروح؛ بحيث لا يدرك بذكاة لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به.

قال أصبغ: لا بأس ببيع المريض ما لم تنزل به أسباب الموت، وكذا خشاش الأرض كالدود الذي لا نفع به. انظر: حاشية الصاوي: ٣/٢١٤.

أعرفه، أو على أنه إن كان الآن على صفة كذا، فيجوز العقد، أو يكون بالخيار فيجوز، وإن لم يذكر أي صفة. انتهى[1].

وفي "الاستذكار": تحصيل مذهب مالك في بيع الآبق أنه لا يجوز، إلا أن يدعي مشتريه معرفته فيشتريه، ويتواضعان الثمن، فإن وجده على ما يعرفه قبضه وإلا رد الثمن، وضمانه من البائع، وإن كان الآبق عند المشتري، فإن علم البائع حاله جاز البيع؛ لأنه قد يزيد وينقص.

مالك: وبيع العبد في إباقه فاسد، وضمانه من بائعه، ويفسخ وإن قبض.

وكلام ابن عبد البر مخالف لكلام اللخمي؛ إذ مقتضاه أنه لا يجوز بيعه إذا كان طلبه على البائع بشرط أن يجده على صفة كذا، أو على أنه بالخيار.

وقد صرح المازري وابن بشير وغيرهما بأن ما قاله اللخمي اختيار له.

وما ذكره المصنف في الإبل المهملة نحوه أنه في "العتبية" من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يجوز بيع الصعاب من الإبل، وما لا يؤخذ إلا بالأوهاق، ولا يعرف ما فيها من العيوب.

قال ابن القاسم: ولا يجوز بيع المهار والأفلاء الصعاب بالبراءة، ولا يعلم أبها عيب أم لا؟

قال أصبغ في "العتبية": إن بيع الأفلاء ونحوها بالبراءة جائز.

قال في "البيان": وقول ابن القاسم هو الصحيح.

المازري: واختلف في تعليل المنع، فمنهم من أشار إلى أنه لا يمكن قبضها إلا

---

(١) وقال سحنون: إنما يجوز ابتياع الآبق إذا كان في وثاق اهـ. ومثله في ابن سلمون وقال المتيطي: ويجوز بيع الحيوان الغائب على الصفة إذا علم صاحبه مكانه وصفته اهـ. ثم محل ما في النظم كما لأبي محمد صالح وغيره إذا كان الذي عنده الآبق قد أوقفه لمالكه وعلم أنه له كما قررنا وإلا كان من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور، فقول سحنون: إنما يجوز بيعه إذا كان في وثاق تقييد للمذهب لا خلاف له كما يقتضيه المتيطي أي إلا إذا كان موقوفاً لأجل مالكه وهو معنى قوله في وثاق ولذا قال في الوثائق المجموعة: ولم يجز سحنون بيع الآبق وإن عرف المبتاع موضعه إلا أن يكون موقوفاً لصاحبه عند غير ذي سلطان لا خصومة فيه لأحد، فإن وقف عند السلطان أو كانت فيه خصومة لأحد لم يجز بيعه اهـ. وبهذا يقيد إيضاً قول (خ) وقدرة عليه لا كآبق وإبل أهملت الخ أي إنما يمتنع بيع الآبق إذا لم يكن موقوفاً لمالكه، أو كان موقوفاً عند سلطان أو عند من يخاصم فيه كما لشراحه فلا مخالفة بينه وبين ما في النظم والله أعلم. انظر: البهجة في شرح التحفة: ٧١/٢.

بأوهاق، ومنهم من أشار إلى كونها لا تُعرفُ صفتُها.

(ص): **والمغصوب إلا من غاصبه**

(ش): هذا معطوف على الطير؛ أي: ولا يباع المغصوب إلا من غاصبه؛ لأنه تحت يده[1].

وجعل ابن رشد وغيره بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه:

١ - إن كان مقدورًا عليه مقرًا بالغصب، فهو جائز باتفاق.

٢ - وإن كان ممتنعًا من دفعه، وهو ممن لا تأخذه الأحكام، مقرًا أو غير مقر، لم يجز بيعه من غيره اتفاقًا.

٣ - وإن كان منكرًا، وهو ممن تأخذه الأحكام وعليه بالغصب بينة، فقولان بناء على القولين في شراء ما فيه خصومة. ابن رشد: والمشهور منهما المنع؛ لأنه غرر.

وأما بيعه من غاصبه، فجعله ابن رشد في الشهادات الثالث على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يعلم أنه عازم على رده.

الثاني: أن يعلم أنه غير عازم على رده، وإن طلبه ربه.

الثالث: أن يشكل أمره.

فالأول يجوز بالاتفاق، والثاني عكسه، والثالث فيه قولان.

قال: وإلى هذا ترجع الروايات. انتهى.

وبالفساد قال مطرف، ورواه عن مالك، وبذلك حكم القاضي ابن بشير في رحى بقرطبة، لم يُبح للسلطان شراءها حتى طحنت لصاحبها ستة أشهر.

والجواز هو ظاهر قول مالك في "العتبية" ورواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب.

---

(١) والمراد الانتفاع الشرعي فيخرج آلات اللهو فلا يجوز بيعها، كما لا يباع محرم الأكل إذا أشرف على الموت وأما مباح الأكل فيجوز بيعه، ولو أشرف لإمكان ذكاته، وأما لو لم يشرف فيجوز بيعه، ولو محرما، وما أخذ في السياق فيحرم بيعه، ولو مأكولا [قوله: مقدورا على تسليمه] فلا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كآبق فبيعه في إباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ، وإن قبض، وكذلك الإبل المهملة، وكذا المغصوب إذا بيع لغير غاصبه هذا إذا كان الغاصب ممتنعا من دفعه، ولا تأخذه الأحكام مقرا أو غير مقر أو كان غاصبه منكرا أو تأخذه الأحكام وعليه بينة بالغصب؛ لأنه شراء ما فيه خصومة، والمشهور منعه أما لو كان مقرا بالغصب مقدورا عليه فإنه جائز باتفاق ويجوز بيعه لغاصبه بشرط أن يعلم أن الغاصب عزم على رده لربه. انظر: حاشية العدوي: ٥/٤٤١.

(ع): وأكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب إلا بعد أن يقبضه ربه، ويبقى بيده مدة طويلة، حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر، ورأى أن بائعه إذا باعه على غير ذلك فهو مضغوط أن يبيعه ببخس مكرهًا؛ استخلاصًا لبعض حقه.

والذي في "المدونة" وغيرها جواز ذلك.

(خ): وكذلك لا يجوز أيضًا أن يبيعه من غير الغاصب إذا كان المشتري يقدر على خلاصه بجاهة؛ لأنه يأخذه ببخس، فيكون من أكل المال بالباطل.

تنبيه

قال في "المدونة": ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها كان نقضًا لبيع الغاصب.

أي: إذا اشتراها شخص من الغاصب غير عالم، وظاهره: جواز بيعها من غير الغاصب، وهو خلاف ما ذكره المصنف، إلا أن يتأول على أن ربها لم يبعها من غير الغاصب، إلا بعد تمكنه من أخذها، ولهذا قال الشيخ أبو الحسن: إن الشيوخ يقولون: إن معناها: إذا سلم من شراء ما فيه خصومة.

(ص): **وفيها: ولو باعه الغاصب ثم ورثه فله نقضه، بخلاف ما لو اشتراه من ربه لتسببه، وقال ابن القاسم: البيع تام فيهما**

(**ش**): أي: إذا باعها الغاصب ثم مات ربها، وكان الغاصب وارثه، فله نقض ذلك البيع؛ لأنه لما باعها باع ما لم يكن ملكًا له. وتصور كلامه واضح. وكأنه نسب المسألة " للمدونة"؛ لاستشكاله الفرق بين الإرث والبيع؛ إذ لا يبعد تخريج النقض في الشراء من الميراث؛ لأنه إما تام فيها، أو منتقض فيهما، والتسبب وعدمه وصف طردي لا كبير مناسبة له.

والضمير في: (فيهما) عائدٌ على مسألتي الوارث والمشتري.

(ع): وانظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مِمَّا باعها به للأجنبي، هل يكون له ما بين الثمنين أو لا؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل، فباعها بغير أمره، ثم اشتراها بأقل مما باعها به للأجنبي: ليس له ربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن. أو يفرق بينهما بأن الغاصب هنا كان ضامنًا، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامنًا.

(ص): **والمرهون يقف على رضا المرتهن**

(**ش**): أي: وبيعُ الراهن للشيء المرهون يصح، ويقفُ على رضا المرتهن، وسيأتي

الكلام على هذه المسألة في باب الرهن[1].

(ص): **وملك الغير على مالكه، وقيل: لا يصح**

(ش): وقع لفظ الغير كما ترى بـ (أل)، وكذلك وقع في كلام جماعة من الأئمة، وأنكر ذلك بعض أئمة العربية، وقال: إنها لا تستعمل إلا مضافة في اللفظ.

والتقدير: وبيع ملك غيره بغير إذنه يصح، ويقف على رضا مالكه، وهو مذهب أحمد بن حنبل، وتعرف هذه المسألة ببيع الفضولي.

ودليلنا ما خرجه الترمذي، عن أبي لبيد لمازة بن زَبَّار، عن عروة البارقي، قال: دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارًا لأشتري شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: "بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ"[2]. فكان يخرج بعد ذلك إلى الكوفة، فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً.

قال عبد الحق: وأبو لبيد أثنى عليه أحمد ثناءً حسنًا. وأخرجه البخاري عن شبيب.

وظاهر كلامه: أن البيع يصح، وإن علم المشتري أنه لغير البائع. وهو ظاهر المذهب.

وقال أشهب: لا يصح إذا علم المشتري بالتعدي.

(ع): وبعضهم قيد الخلاف بما إذا لم يكن المشتري عالمًا بأنها ملك الغير، وأما إن كان عالمًا لم يصح البيع. ومنهم من يرى ألا فرق، ومنهم من يقول: إنما يلزم هذا البيع المشتري إذا كان المالك حاضرًا، أو قريب المكان، وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزمه البيع؛ لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر.

---

(١) واعلم أن محل الخلاف في بيع الراهن الرهن المعين المشترط في عقد البيع أو القرض كما قال الشارح والحال أن الراهن البائع سلم الرهن المبيع للمشتري، فإن لم يسلمه له كان للمرتهن أن يمنع الراهن من تسليمه ولو أتاه برهن بدله؛ لأن العقد وقع على رهن معين فلا بد من تسليمه للمرتهن بعينه، فإن خالف الراهن وسلمه للمشتري كان للمرتهن فسخ العقد الأصلي المشترط فيه الرهن. انظر: حاشية الصاوي: ٥٣/٤.

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٥٨) من حديث عروة البارقي، وقال: ذهب بعض أهلِ العِلمِ إلى هذا الحدِيثِ، وقالوا بِهِ: وهو قول: أحمد، وإسحاق، ولم يأخذ بعض أهلِ العِلمِ بهذا الحدِيثِ مِنهم: الشافِعِي، وسعِيد بن زيد أخو حمادِ بنِ زيد، وأبو لبِيد اسمه لِمازة بن زبار. وأخرجه أيضا الدارقطني في سننه، برقم (٢٨٠٠) والطبراني في الكبير، برقم (٤٢١).

وقوله: (وقيل: لا يصح)؛ أي: ولو أمضاه مالكه، وحُكِي عن مالك، وهو مذهب الشافعي.

فإن قيل: لا يظهر لهذا الخلاف كبير جدوى؛ لأن البيع على المشهور إنما يمضي برضا البائع، وحينئذٍ، فلا نسلم استناد البيع إلى العقد الأوَّلِ، بل إلى رضا المالك، ولا سِيَّمَا عَلَى المذهب في الاكتفاء بالمعاطاة.

فجوابه: أنه لو رضي البائع، ولم يرض المشتري للزم على المشهور، وهو واضح.

(ص): **والعبد الجاني يقف على ذي الجناية، فيأخذ الثمن أو العبد، وللسيد والمبتاع دفع الأرش، وفي كونه عيبًا في الخطأ: قولان**

(ش): يعني: أن من باع عبده الجاني، فإن إمضاء بيعه يقف على رضا ذي الجناية؛ أي: المجني عليه؛ لتعلق حقه بعين الجاني، فإن له أن يأخذه، إلا أن يفتكه السيد، وكذلك له أن يقتص منه إن كان في الجناية القصاص[1].

وقوله: (فيأخذ الثمن)؛ أي: يأخذ المجني عليه إن شاء الثمن الذي باعه به سيده، وإن شاء فسخ البيع وأخذ العبد. وهذا إذا لم يدفع السيد ولا المبتاع أرش الجناية.

وحذف المصنف هذا الشرط للدلالة عليه بقوله: (وللسيد والمبتاع دفع الأرش).

فإن امتنع السيد من دفع الأرش وادَّعى عليه المجني عليه أنه إنما باع؛ لأنه رضي بحمل الجناية حلف ما أراد حملها، فإن حلف خُيِّر المجني عليه بين إجازة البيع وأخذ الثمن، وبين رد البيع. قاله في "المدونة".

وحيث دفع المبتاع الأرش، فإنه يرجع به على البائع، إلا أن يكون الثمن أقل منه فلا يرجع إلا به.

وقوله: وفي كونه عيبًا؛ أي: إذا أدَّى السيد الأرش، أو عَفَى المجني عليه، فهل يكون للمشتري مقال في رده بعيب الجناية؟

---

(١) قال ابن القاسم: من باع عبده بعد علمه أنه قد جنى حلف أنه ما أراد حمل الجناية، ثم إن دفع الأرش لأهل الجناية وإلا كان لهم إجازة البيع وقبض الثمن ولهم فسخه وأخذ البيع.
قال غيره: إلا أن يشاء المبتاع دفع الأرش إليهم فذلك له، ويرجع على البائع بالأقل مما افتكه به أو الثمن.
قال ابن القاسم: ولو افتكه البائع فللمبتاع رده بهذا العيب إلا أن يكون البائع بينه له فيلزمه المبيع.
قال غيره: هذا في العمد، فأما في الخطأ فلا وهو كعيب قد ذهب. انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٦٢.

إن كان عمدًا فله القيام اتفاقًا، وإن كان خطأ فقولان، سببهما هل ذلك عذر؟ إذ لا تؤمن منه العودة.

وهما في "المدونة"، ففيها: ولو افتكه البائع، فللمبتاع رده بهذا العيب، إلا أن يكون البائع بينه له، فيلزمه البيع، قال غيره: هذا في العمد، وأما في الخطأ فلا، وهو كعَيبٍ ذهبَ.

وحكاية المصنف القولين تدل على أن قول غيره ليس تقييدًا لقول ابن القاسم.

وجعله في "النكت " تقييدًا، وقال في قول ابن القاسم: يريد في العمد. كما قال غيره، فعلى هذا لا يختلف في الخطأ أنه ليس بعيب، ولا في العمد أنه عيب.

(ص): **وفيها: قال ابنُ دينار: من حلف بحرية عبد نفسه، فباعه، نقض البيع وعتق**

(ش): أجمل في هذه المسألة؛ إذ لم يبين هل كانت يمينه على بر أو حنث! وابن دينار إنما قاله في الحنث، ولو كان على بر لم ينقض البيع[1].

وصورة المسألة: إذا حلف ليضربن أمته - مثلا - ضربًا يجوز له، قال في "المدونة": منع من البيع والوطء حتى يفعل، فإن باعها نقض البيع، - والمشهور ترد إلى مالكه -، فإن مات قبل الضرب عتقت عليه في ثلثه.

والشاذ قول ابن دينار: أنه ينقض البيع وتعتق عليه.

قال: ولا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق ناجز. وضعف، فإنا ننقض البيع للكتابة والتدبير.

وأدخل المصنف هذه المسألة هنا لما كان البائع لا قدرة له على تسليم العبد؛

---

(١) أشهب: وإن حلف بحرية عبده إن عفا عن فلان لم ينفعه أن يبيعه ثم يعفو، لأن المعنى يمينه لا عاقبته فهو كالحالف لأفعلن لا كمن حلف إن فعلت.

قال مالك: من قال: إن لم تفعل كذا فأمتي حرة وزوجتي طالق فإنه يمنع من البيع والوطء وهو على حنث، ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في الزوجة وإنما يضرب له في يمينه لأفعلن، وأما هذا فالإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه، فإن مات الحالف في البلوغ مات على حنث وعتقت الأمة في الثلث وترثه الزوجة لأن الحنث وقع عليه بعد موته.

قال ابن القاسم: وإن قال لزوجته: إن لم أتزوج عليك أو أفعل كذا فأنت طالق فهو على حنث ويتوارثان قبل البر ولا يحنث بعد الموت بخلاف العتق.

قال مالك: من قال لأمته: أنت حرة إذا مات فلان حرم عليه وطؤها بخلاف ما إذا قال لها: أنت حرة إن مت قال عبد الوهاب: وكلا الوجهين عتق معلق بموت. انظر: التاج والإكليل: ٦/٣١١.

لأجل يمينه.

(ص): وفيها: بيع عمودٍ عليه بناءٌ للبائع، وقيده المازري بانتفاء الإضاعة، وبأمن الكسر

(ش): نسب هذه المسألة لـ "المدونة" لإشكالها؛ لكونه أطلق جواز البيع.

وقوله: **بيع عمودٍ**؛ أي: جواز بيع عمودٍ وعليه للبائع بناء، وتقييد المازري لا بد منه، وقد سبقه اللخمي إلى التقييد بالقيدين المذكورين.

وقوله بانتفاء الإضاعة؛ أي: إضاعة المال، فإن إضاعته لا تجوز، كما إذا كان لا يقدر على إخراجه إلا بهدم الغرفة التي فوقه؛ لأن ذلك من الفساد.

اللخمي: إلا أن يكون قد أضعف له في الثمن، أو تكون الغرفة تحتاج إلى النقض، أو كان عليه بناءٌ يسيرٌ.

ولم يذكر المصنف من عليه النقض؟ والمنصوص لمالك أنه على البائع.

وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه استبعده. قال: ولا وجه لاستبعاده.

وفي "المدونة": ولا بأس بشراء نصل سيف دون حليته، وينقض البائع حليته.

ابن يونس: ولو اشترى الحلية دون النصل لكان على المشتري نقضها كاشتراء الصوف على ظهور الغنم جزافًا، وكاشتراء الثمرة في رءوس النخل جزافًا.

وجعل اللخمي نقض الحلية على البائع إذا باعها كما في بيعة النصل، قال: لأن على كل بائع أن يمكن من المبيع. قال: واختلف في هذا الأصل، فقيل فيمن باع صوفًا على ظهور الغنم، أو تمرًا في رءوس النخل: على البائع. وقيل: على المشتري.

وأشار المازري أيضًا إلى هذا الإجراء. قال: ولو باع شاةً واستثنى جلدها، فظاهر المذهب: أن الذبح على المشتري.

اللخمي: وأرى أن يكون الذبح عليهما؛ لأن التذكية منفعة لهما.

ثم يختلف هل تكون الأجرة عليهما على السواء؟ أو على قدر ما لكل واحد منهما؟

ويكون السلخ على صاحب الجلد؛ لأنه على اللحم، فعلى من له الأعلى أن يزيله.

المازري: وعندي أنه يختلف في السلخ، فإن قلنا: إن المستثنى مُشْتَرَى، جرى على القولين في شراء صوف الغنم، وإن قلنا: إنه مُبقَى على مِلكِ البائعِ، فالسلخ على البائع.

(ص): **وفيها بيع هواء فوق هواء، ويبني البائع الأسفل، وقيده بوصف البناء**

(ش): وصورتها: أن يقول له: بعني عشرة أذرعٍ فوق سطحك. يقول: وأنا محتاج أيضًا إليها[1].

فيقول: فبعها لي فوق ما تبينته. فيشترط في جواز ذلك وصف البناء الأسفل والأعلى، هل بآجر أو حجر؟ إلى غير ذلك.

وظاهره: أن المقيد في هذه المسألة المازري، وبه صرح ابن شاس.

وهذا التقييد مذكور في "المدونة" في كتاب الغرر، فلا حاجة إلى المازري، على أنه يمكن أن يعاد الضمير في كلام المصنف على قول مالك كما مَشَّاه (ع).

فائدة

قال علماؤنا: من ملك أرضًا أو بناءً ملك هواءها إلى أعلى ما يمكن.

واختلفوا هل يملك باطنها أو لا؟ على قولين ورَجَّح بعضهم الملك؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ غَصَبَ قَيدَ شِبْرٍ طَوَّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ"[2]. وفيه نظر.

وقال القرافي: ظاهر المذهب عدم الملك.

فرع

وفرش السقف بالألواح على من اشترط عليه، وإن سكت عنه، فقيل: على المبتاع؛ لأنه أرضه.

وقيل: على البائع؛ لأن السقف سقفه.

---

(١) في الجواهر يجوز إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين لأن عمر رضي الله عنه قضى في الأفنية لأرباب الدور وفسره ابن حبيب بالانتقال من المجالس والمرابط وجلوس الباعة فيها للبياعات الخفيفة دون الحيازة بالبنيان والتحظير والسكة المستدة كالملك المشترك بين سكان السكة يمنع إخراج الجناح اليها وفتح باب جديد فيها إلا برضاهم ولو فتح باب دار له أخرى إلى داره التي في السكة المستدة ليرتفق به لا ليجعله كالسكة النافذة جاز قاعدة حكم الاهوية حكم ما تحتها فهواء الوقف وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك ومقتضى هذه القاعدة ان يمنع بيع هواء المساجد والأوقاف الى عنان السماء لمن أراد غرس خشب حولها ويبنى على رؤوس الخشب سقفا وبنيانا وان يمنع اخراج الرواشن لأنها في هواء الشارع الذي يمنع فيه الاختصاص غير ان المنع ثمة لنفي الضرر وإلا فأصله موات يقبل الإحياء ولاضرر في هوائه فيجوز التصرف فيه. انظر: الذخيرة: ١٨٤/٦.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٤٥٣) ومسلم برقم (١٦١٥) من حديث عائشة رضي الله عنها، بلفظ: (من ظلم قيد..... الحديث).

ابن القاسم الموثق: وهو الأصح.

قال: ولا يجوز للمبتاع بيع ما على سقفه إلا بإذن البائع؛ لأن الثقل على حائطه.

(ص): **وفيها: غرز جذع في حائط، فقال: إن ما ذكر مدة، فإجازة تنفسخ بانهدامه، وإلا فمضمون**

(**ش**): يعني: يجوز لك أن تشتري من غيرك قدر ما تضع عليه خشبةً أو أكثر من جداره، فإن ذكرت مدة فإجارة تنفسخ بانهدام الجدار؛ لأنه قد هلك ما تستوفى منه المنفعة، وإن لم تتعين المدة فهو مضمون، فعليه أن يعيده؛ لتستوفي منفعتك، كما على صاحب السفل لصاحب العلو.

وفاعل قال عائد على المازري؛ لأنه هو الذي قيد الكلام الذي نقله المصنف عن "المدونة"، فلا يرد ما قاله (ع): إنه كلامٌ حسن في إجرائه على المذهب.

وأما نسبته لـ "المدونة" فليس بصحيح؛ لأنه فهم أن فاعل (قال) عائد على مالك.

(ص): **والجهل بالثمن أو المثمون جملةً وتفصيلا مبطل، كزنة حجر مجهول، وكتراب الصواغين**

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (معلوم).

وقوله: (والجهل بالثمن)، يحتمل أن يريد: بقدر الثمن، ويحتمل: بشأنه؛ ليندرج قدره وصفته وعينه. ومراده (بالجملة): مجموعه.

و (بالتفصيل): أجزاؤه.

والصور المقدرة بحسب الجهل بالثمن والمثمون، والعلم بهما، أو بأحدهما أربع: مجهولان ومعلومان، وأحدهما مجهول، والآخر معلوم. ولا يجوز منها إلا صورة واحدة، وهي: المعلومات.

وقوله: (كزنة حجرٍ مجهول)، يحتمل في الثمن، ويحتمل في المثمن، ولا إشكال في هذا في الحضر، حيث لا تعدم الموازين.

(ع): وأما في البوادي فقد يتخرج الجواز فيه على البيع بمكيال لا يعرف المشتري قدره.

فإن قيل: الفرق أن الجهالة في المكيال هناك في جانب المشتري فقط، وهنا في جانب البائع والمشتري معًا.

وقيل: ولنا أن نفرض الجهالة هنا في جانب المشتري وحده.

قوله: (وكتراب الصواغين): لأنه لا يُدرى، هل فيه شيء أم لا؟ كثير أو قليل؟

فرع مرتب

فإن وقع بيع التراب فسخ، فإن فات بذهاب عينه، فقيمته يوم قبض على غرره - إن لو جاز بيعه - وإن خلصه المشتري رده على المشهور.

وقال ابن أبي زيد: على المشتري قيمته على غرره.

وعلى المشهور فله أجرة تخليصه. وأجرى الأشياخ ذلك على الخلاف فيمن اشترى أشجارًا بوجه شبهة، فسقى وعالج، ثم رُدت إلى ربها، أو اشترى آبقًا، فأنفق على ربه نفقة، ثم فسخ البيع، ورده إلى ربه، هل يرجع بالنفقة في جميع ذلك أم لا؟

وأصل ذلك أن النفقة إن كانت لها عين قائمة رجع بها بلا خلاف، وإن لم تكن لها عين قائمة، فقال ابن القاسم: يرجع.

وقيل: لا يرجع.

وصرح ابن بشير بأن المشهور الرجوع بنفقة الآبق.

وحيث قلنا: إن المشتري يرجع بأجرة عمله فزادت الأجرة على قيمة الخارج، فهل يرجع بها؟ أو إنما يرجع بها ما لم تزد على الخارج؟

أجرى ذلك ابن محرز على القولين في الثمرة، هل يرجع بجميع النفقة؟ أو إنما يرجع بها ما لم تزد على قيمة الثمرة؟

واقتصر ابن يونس على أنه إنما يرجع بها بشرط ألا تزيد على الخارج، وعلى هذا فلا تكون له أجرة إذا لم يخرج شيئًا، وعلى الأول تكون له الأجرة في ذمة البائع.

(ص): **بخلاف معادن الفضة، وفي معادن الذهب قولان**

(**ش**): أي: **بخلاف** تراب **معادن الفضة** فيجوز بيعه؛ لأنه يحرز ما فيه من الفضة.

والمشهور في معادن الذهب الجواز. نص عليه المازري.

والشاذ لابن حمدون. ومنشأ الخلاف فيه خلاف في حال، هل يمكن حزره كالفضة أم لا؟

وروى ابن القاسم عن مالك جواز قسمة تراب المعادن، ومنع ذلك يحيى ابن عمر.

(ص): **وكرطل من شاة قبل سلخها على الأشهر، بخلاف بيعها قبله**

(**ش**): هذا معطوف على (كزنة حجر)، وكلما عطف هنا بالكاف فهو ممنوع، إلا

قوله: و(كذلك الرقيق)، وكلما عطف (بخلاف) فهو جائز؛ يعني: إن بيع رطل لحم من شاة قبل سلخها، لا يجوز على الأشهر؛ لأنه لا يدري على أي صفة يأخذه.

وأما من أي موضع فلم يشترطوه في السلم.

وقوله: (بخلاف بيعها قبله)؛ أي: فيجوز بيع جميعها قبل السلخ قياسًا على بيع الحي الذي لا يُراد إلا للذبح، ولأنه لما لم يقصد شيئًا معيَّنًا خَفَّ الغرر.

قال في "البيان": والأصل في هذا": أنَّ كلَّ ما يدخُلُ بالعقد في ضمان المشتري، فليس من بيع اللحم المغيب، كالشاةِ المذبوحةِ، وما لم يدخل بالعقد في ضمانه حتى يوفيه إيَّاهُ كالرطل، فهو بيع اللحم المغيَّب.

قال شيخنا رحمه الله: وقد يعكس؛ لكثرة الغرر في الجميع، وخفته في الرطل.

واعترض (ع) كلام المصنف بوجهين:

أحدهما: أن مقابل الأشهر: قول أشهب بالكراهة، لا بالإباحة، كما هو ظاهر كلامه.

وثانيهما: إن عنى قبلية السلخ في الموضعين بعد الذبح، فلا يصح؛ لأن أشهب نَصَّ على أنَّ ذلك قبل الذبح، وإن عنى أعم، فيلزمه أن ينسب لابن القاسم جواز بيع لحم شاة وهي حية؛ لقوله: (بخلاف بيعها قبله)، وهذا لا يوجد إلا في مسائل الاستثناء.

وأُجيبُ عنهما: بأنَّ غير الأشهر حكاه ابن شعبان: فقال: واختُلف في بيع اللحم والبهيمة من الأنعام قائمة على الجس أو بعد ذبحها أو نحرها، وقبل الكشف عنها.

وقال أشهب في "المدونة": أكرهه فإن جسَّها وعرفها، وشرع في الذبح جاز. زاد أشهب في "الموازية": وإن كان يذبح بعد يوم أو يومين فسخته. فظاهر ما حكاه ابن شعبان الجواز من غير كراهة، كما ذكر المصنف.

وعن الثاني: بأن مراده بقبلية السلخ الأعم؛ أي: قبل الذبح وبعده.

وقد ذكر ابن شعبان الخلاف مُطلقًا، ولا يلزم أن يحمل مقابل الأشهر على قول أشهب.

ولو سلم حمله عليه، فلا فرق بين ما نص عليه، وهو: قبل الذبح، وبين ما سكت عنه، وهو: بعده وقبل السلخ.

وأما ما ألزمه أن ينسب لابن القاسم، فهو مذهبه في "العتبية" من رواية عيسى عنه: وما لا يُنتفع به إلا للحم - مثل: الداجن، كدجاجة لا تبيض - لا بأس أن تُباعُ بِمَا لا

يُستَحيى من الطير على التَّحري.

واعترض (ع) على المصنف بأنَّ قوله: (كرطل)، يقتضي أنه مثال للمجهول جملةً وتفصيلا؛ ولأنه عطفه على ما قبله.

وليس كذلك، بل هو معلموم الجملة، إنما هو الجهل حصل في صفة اللحم.

قال: ويحتمل أن يكون إنما شبهة في المنع خاصة.

(ص): وبخلاف بيع الحنطة في السنبل والتبن، والزيت في الزيتون على الكيل والوزن

(**ش**): أي: فيجوز لمعرفة الصفة فرك بعض السنبل، وتذرية بعض التبن عنه[1].

الباجي: (ولا خلاف في الجواز)؛ أعني: إذا كان على الكيل.

وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلا معلومًا، وأما إن اشترى الجميع على الكيل، فيتخرج - على قول من منع بيع جميع الصبرة على أن كل قفيز بكذا - هنا المنع، بل أولى؛ لعدم رؤية الجميع هنا.

قال في البيوع الفاسدة: ولا بأس أن تشتري زرعًا قد استحصد، كل قفيز بكذا، نقدته الثمن أم لا، وإن تأخر دراسه إلى مثل عشرة أيام، أو خمسة عشر يومًا.

أبو الحسن: أي: تاخر تمام دراسه، وليس يعني تأخير الشروع. وقد اختصره ابن يونس: وإن كان مكثه في حصاده ودراسه وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر، فهذا قريب.

وشرط في "المدونة" في جواز بيع الزيت أن يكون خروجه لا يختلف، قال فيها: وإن اختلف لم يجز، إلا أن يكون مخيرًا فيه ولا ينقده، ويكون عصره قريبًا إلى عشرة

---

(١) بيع الثمار بعد بدو صلاحها جائز مطلقا وبشرط التبقية والقطع وإطلاقها يقتضي التبقية فأما قبل البدو فيجوز بشرط القطع ولا يجوز مطلقا ولا بشرط التبقية وبدو الصلاح يختلف باختلاف أنواعها ففي النخل باحمرار البسر أو اصفراره وفي العنب بأن يسود أو تدور الحلأوة فيه وفي الفواكه كلها والبقول بإطعامها وتمام بناتها وكل صنف يعتبر طيبه بنفسه لا بغيره وبيع المقاثي والمباطخ جائز يبدو صلاح أوله وإن لم يظهر ما بعده وكذلك الأصول المغيبة في الأرض كالبصل والجزر والفجل وكذلك الورد والياسمين إذا انتفع به ويكون للمشتري إلى آخر إبانة وكذلك الموز إذا ضرب فيه أجلا.

ولا يجوز شراء الكتان إذا استثنى البائع حبه ولا القرط واستثنى برسيمه إلا حال يبسه ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها ويجوز بيع السنبل على حدته ويجوز بيع الجوز والباقلا في قشره الأعلى.

انظر: انظر: التلقين: ١٤٧/٢.

أيام ونحوها.

قال بعض الأندلسيين: وينبغي أن يشترط الخيار لهما معًا، وإلا لم يجز إذا كان يختلف.

وذهب اللخمي: إلى أنه لا يلزم، وهو ظاهر ما اختصره عليه المختصرون، وأن هذا من الباب الذي حكاه سحنون في كتاب الغرر عن جل أصحاب مالك في البيع على أنه بالخيار إذا رأى.

وهي المسألة بعينها، وعلى ما ذكر البغداديون أنه غير جائز.

وقوله: (على الكيل والوزن)، (الكيل) راجع إلى القمح، و(الوزن) راجع إلى الزيت، ولا يصح جعلهما للقمح والزيت، فإنه نَصَّ في "المدونة" على منع بيع القمح بالوزن.

قال اللخمي: ويجوز فيه الوزن بمصر: لأن تلك العادة عندهم في الدقيق يبيعونه وزنًا، ويسلمون القمح للطحان بالوزن.

وكذلك نص على جواز بيع الزيت بالكيل والوزن إذا كان العرف جاريًا بذلك، وعلى هذا فلا يبعد أن يعود قول المصنف: (على الكيل والوزن)، إلى كل واحد من القمح والزيت.

(ص): وكذلك الدقيق قبل الطحن على الأشهر

(ش): قال: (وكذلك)، ولم يقل: وكالدقيق؛ لئلا يتوهم عطفه على (كزنه)، فيكون الأشهر فيه: المنع، وليس كذلك، فإن الأشهر فيه: الجواز، ثم له حالتان:

١ - تارة يقول: آخذ منك من دقيق هذا القمح صاعًا بكذا. فهو من ضمان البائع حتى يوفيه مطحونًا.

٢ - وتارة يقول: أشتري منك هذا الصاع على أن تطحنه. فإذا وفَّاهُ إيَّاهُ حبًّا خرج من ضمانه، وهو بيعٌ وإجارةٌ.

والمصنف إنما أراد الأولى، فوجه الأشهر أن الطحن متقارب، ورأى مقابله أنه مِمَّا يختلف.

(ص): وبخلاف صاع أو كل صاع بدرهم من صبرة معلومة الصيعان، أو مجهولتها فيهما

(ش): الضمير فيهما عائد على الصورتين؛ أي: صورة (صاع، وكل صاع)[1].

أما مسألة (صاع) بكذا فلا إشكال فيها.

وأما (كل صاع) فثلاثة أحوال:

١ - إن قال اشتريتها كل صاع بكذا - وهي معلومة الصيعان - فلا إشكال أيضًا في جوازها.

٢ - وإن كانت مجهولة الصيعان فالمذهب أيضا: الجواز. وحكى أبو عمران عن بعض أصحابنا الكراهة، ومنعها بعض الأئمة خارج المذهب.

٣ - وإن قال: أخذت منك منها كل صاع بكذا، فاختلف الشيوخ في ذلك سواء كان عدد صيعان الصبرة معلومًا أو مجهولا، فمنهم من منعه، ومنهم من أجازه، واختار (ع) المنع؛ قال: لأن (من) هنا لا شك أنها للتبعيض، وهو يقل ويكثر.

ومال أيضًا المازري إليه بشرط أن يريد المتعاقدان بـ (من) التبعيض، وأما إن أراد بيان الجنس - والقصد أن تقول: أبيعك هذه الصبرة كل قفيزٍ بدرهم - فلا.

وقال (ر): إذا قال: أبيعك من هذه الصبرة حساب كل عشرة أقفزة بدينار، ولم يبين ما باعه منها، فقال القاضي أبو محمد: ما علمنا فيها نصًا وقال بعض المعاصرين: البيع فاسد وهو قول الشافعي.

القاضي: ويحتمل أن تكون (من) زائدة فيحمل على ذلك، وهو أولى من حمله على الفساد.

القاضي: ويحتمل أن يلزمه البيع في مقدار ما علّق البيع عليه، وهو عشرة أقفزة على ما رواه عبد الملك فيمن قال: اكتريت منك هذه الدار حساب كل شهر بكذا، أن الإجارة تلزمه في شهر واحد.

(ص): **فإن جهل التفصيل كعبدين لرجلين بثمنٍ واحدٍ فقولان**

(ش): لما ذكر المجهول جملةً وتفصيلا، والمجهول الجملة معلوم التفصيل

---

(١) وحاصله: إن المشتري إذا قال للبائع: أشتري منك صاعاً من هذه الصبرة، او أشتري منك كل صاع من هذه الصبرة بكذا، وأراد في الصورة الثانية شراء جميعها كان البيع جائزاً سواء كانت الصبرة معلومة الصِّيعان أم لا، لأنها إن كانت معلومة الصيعان كانت معلومة الجملة والتفصيل، وإن كانت مجهولته كانت مجهولة الجملة معلومة التفصيل. وجهل الجملة فقط لا يضر كما علم. انظر: بلغة السالك: ١٧/٣.

كالصبرة، أعقبه بالمجهول التفصيل المعلوم الجملة، ومثله بالعبدين، وكلامه يصدق على ثلاث صور:

١ - إذا كان لكل واحد منهما عبدًا، ولأحدهما عبد لا شراكة فيه والآخر مشترك.

٢ - أو هما مشتركان بينهما على أجزاء متفاوتة، وأشهر قولي ابن القاسم: المنع قال في البيوع الفاسدة من "المدونة": لأنه لا يدري بم باع؟

ثم قال: وأجازه كله أشهب، وقد كان ابن القاسم يجيزه.

فإن وقع - على المشهور من قول ابن القاسم - فسخ.

وإن فات ففي "الموازية" يمضي بالثمن مقسومًا على القيم. وفي غير " الموازية": أنه يمضي بالقيمة كالبيع الفاسد. قال التونسي: وهو أشبه.

فإن قلت: كلامه معترض بأنه يصدق على ما إذا كانا مشتركين بينهما على السواء، وهذه جائزةٌ اتِّفَاقًا.

فالجواب: لا نُسَلِّمُ دخولها؛ لأنه جعل العبدين مثالا لمجهول التفصيل، وإذا حصلت الشركة على التسوية فالثمن معلوم التفصيل.

وقوله: (بثمن واحد) ظاهره: لو سمى لكل واحد ثمنًا جاز.

وكذا قال ابن لبابة: وأحسبهم يجيزون إن سمى لكل سلعةٍ ثمنًا، كالمرأتين في النكاح. وأشار غيره إلى أنهما إذا قَوّما أو دخلا على المساواة، فلا يختلف في الجواز.

(ع): فإن كان دخولهما على المساواة بعد التقويم فظاهر، وإن كان باتفاقهما فقط فلا يفيد؛ لأن المذهب أنَّ المتبايعين إذا سميا لكل سلعة ثمنًا، ثم طرأ عيب أو استحقاق، لا يلتفت إلى تلك التسمية.

وأشار التونسي إلى أن هذا الخلاف إنما هو إذا علم المشتري بذلك.

٣ - وأما إذا لم يعلم وظن أنهم شركاء في السلعتين جميعًا، فإنه لا يفسخ البيع؛ لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين، لا من جهتهما.

وقال المازري: إذا لم يعلم المشتري، يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد.

(ص): **بخلاف سلعة وخمر على الأصح**

(ش): أي: إذا اشتمل البيع على ما لا يجوز وما يجوز، كما مثل، فالأصح بطلان الجميع، وهو مذهب "المدونة"؛ لأنه إذا بطل بعض الصفقة بطلت كلها، وأشعر كلام

المصنف بأن الأصح البطلان؛ لذكره الخمر، فإنه إنما يناسبه الإبطال، ومقابل الأصح إبطال الحرام، وإمضاء الحلال بما يقابله. ذكره ابن القصار تخريجًا[1].

المازري: وتعلق فيه بقول ابن القاسم فيمن اشترى شاتين، فوجد إحداهما غير ذكية، وهما متكافئتان، قال: يلزمه البيع في الذكية. وهو صحيح، إن كان مراد ابن القاسم أن العقد وقع والمتعاقدان عالمان بغير الذكية، وأما إن لم يعلما، فهذا مما اضطرب فيه المذهب، هل يفسخ العقد أو يمضى الحلال ويفسخ الحرام؟ أو يكون ما ظهر أنه حرام، كالمستحق من الصفقة التي اعتقد أنها لبائعها، ثم ظهر أن بعضها ليس له، وكمن تزوجت على عبد، ثم ظهر أنه حر، وكمن باع قلال خل، ثم ظهر أنها خمر.

وخرج بعض المتأخرين الاختلاف من رواية ذكرها ابن عبد الرحمن بن زياد الأندلسي، عن مالك أنه قال فيمن أسلم مائة دينار فقبض منها خمسين، وتأخرت خمسون: إنه يبطل السلم في مقدار ما تأخر.

وهذا أيضًا فيه نظر؛ فإن التأخير بغير شرط لا يفسد السلم على أحد القولين، ولو تأخر جميع رأس المال، فيمكن أن يكون رَاعَى هذا الاختلاف انتهى.

(ص) وعلى الصحة يسقط فيهما

(ش): أي: إذا فرعنا على الصحة في هذا الفرع، وفي الذي قبله قسط الثمن في المسألة الأولى على السلعتين؛ ليأخذ كل بائع ما ينوب سلعته، وقسط الثمن في المسألة الثانية، فأخذ البائع منه ما قابل السلعة، وبطل ما قابل الخمر.

(ص): فإن باع ملكه وملك غيره فرد وكان وجه الصفقة فللمشتري الخيار

---

(١) إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك فالصفقة كلها باطلة وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع بينهما فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته فصل إذا وقع البيع الفاسد فسخ ورد البائع الثمن ورد المشتري السلعة إن كانت قائمة باتفاق فإن فاتت فقال الشافعي ترد أيضا خلافا لأبي حنيفة وفي المذهب تفصيل وذلك أن البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام (الأول) ما يمنع لتعلقه بمحظور خارج عن باب البيوع كالبيع والشراء في موضع مغصوب فهذا لا يفسخ فات أو لم يفت (الثاني) ما نهي عنه ولم يخل فيه بشرط مشترط في صحة البيوع كالبيع في وقت الجمعة وبيع حاضر لباد والتلقي فاختلف هل يفسخ أم لا وقيل يفسخ إن كانت السلعة قائمة (الثالث) ما أخل فيه شرط من شروط الصحة فيفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت رد مثلها فيما له مثل وهو المكيل والمعدود والموزون ورد قيمتها فيما لا مثل له. انظر: القوانين الفقهية: ص/١٧٢.

(ش): يعني: لو باع سلعتين إحداهما له والأخرى لغيره، فهو في التي لغيره فضولي، فإن أمضى غيره البيع لزم ذلك المشتري، ولا مقال له.

وإن رد فكان المردود وجه الصفقة، فإن المشتري يخير في التمسك بالباقي بما يخصه من الثمن، أو يرده. وهذا قول ابن حبيب.

والمشهور خلافه، أنه إذا رد وجه الصفقة انتقض في الجميع، وليس له التمسك بالباقي[1].

(ص): ويجوز بيع الشاة واستثناء ثلاثة أرطال فأدنى، وإليه رجع بعد منعه، ابن القاسم: وستة، أشهب: وقدر الثلث كالصبرة والثمرة باتفاق

(ش): هذا شبيه المعلوم جملة والمجهول تفصيلا، لكن باعتبار المثمون.

وقد تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة قبل سلخها على الأشهر، لكن أجاز مالك هذه على وجه الاستثناء بشرط السيارة، وإلى هذا رجع مالك بعد أن كان يمنعه.

ووجهه: أن المستثنى إما مشترى فلا يجوز؛ لأنه شراء لحم مغيب، إما مُبقى، فيكون ما عداه مشترى، وهو مغيب.

ثم ذكر في حد اليسير ثلاثة أقوال.

(ع): والثلاثة أرطال رواها ابن المواز، والذي في "المدونة" أربعة أرطال.

(خ): وقد جاء في "المدونة" الثلاثة على رواية ابن وضاح، كما ذكره المصنف، وفي بعض الروايات جواز استثناء الثلاث. والذي نقله ابن يونس عن " الموازية" جواز الخمسة والستة لا الثلاثة، كما نقله (ع).

---

(١) وإذا باع سلعتين ففاتت إحداها فله أخذ الباقي وإن رضي الغرماء بدفع ثمنها فذلك لهم لأن الأصل بقاء ملك المشتري وهم نوابه قال محمد: وهم أولى بها حتى يستوفوا من ثمنها ما فدوها له وقال ابن القاسم هو يدخل معهم في ثمنها بثمن الفائتة كأنهم أسلفوا ثمنها ومحمد يقول هم حلُّوا محلَّ صاحبها ولو أخذها صاحبها لم يُحاصِصهم إلا بما بقي من ثمن الفائتة كذلك هم وكذلك لو كان ثمنها مائة وهما مستويان فانتقد خمسين ففلس المشتري وفاتت واحدة وأراد أخذها دفع ما نابها مما قبض وهو خمسة وعشرون وخاص بخمسة وعشرين ثمن الفائتة واختلف هل يكون الغرماء أحق بالسلعة حتى يأخذوا منها ما فدوها به وهو خمسة وعشرون قاله أشهب أو يكونون كالمسلفين وذلك للمفلس فلا يكونون أحق قاله ابن القاسم ولو وجدها رهناً لم يأخذها البائع إلا أن يُعطي ما رُهنت به ثم يحاصُّ بما غرم وكذلك لو جنى المبيع حتى يدفع الجناية ولا يرجع بها كالعيب يدخلها وإن شاء أخذها معيبة وإلا حاصَّ بالثمن ولو وجده قد صُبغ لم يأخذه حتى يدفع الصبغ كله. انظر: الذخيرة: ١٧٧/٨.

(ر): واتفق على أن ما زاد على الثلث كثير.

(ع): وقيد الاتفاق راجع إلى الثمرة؛ لأن الخلاف في الصبرة، فقد روى ابن الماجشون، وقال به: أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليل ولا كثير، كيلا ولا جِزافًا مُشاعًا؛ لأن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة، وهي مشقة الكيل والوزن، فإذا استثنى منها جزء فلا بد من الكيل، فلم يقصد بالجزاف إلا المخاطرة، والثمرة لا يتأتى فيها الكيل، فافترقا.

وعلى هذا فالثمرة مبتدأ، وخبره محذوف؛ أي: يجوز فيها استثناء الثلث باتفاق.

وقال بعض من تكلم على هذا الموضع: بل هو راجع إليهما، والمقصود منه الاستدلال على ابن القاسم بما اتفقا عليه.

وقد حكى ابن المواز ذلك، فقال: واتفق ابن القاسم وأشهب في جواز الاستثناء من الصبرة والثمرة كيلا قدر الثلث فأقل.

وفرق المازري لابن القاسم بأن الصبرة مرئية، فخف الغرر.

وعلى الجواز في الثمرة، فقال أشهب: يجوز سواء كان ذلك رطبًا أو تمرًا أو بسرًا. وهو ظاهر على أن المستثنى مبقى، وفيه نظر على أنه مُشترى.

فإن كانت الثمرة أنواعًا فاستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنَّه أقل من ثلث الجميع، فاختلف قول مالك فيه بالإجازة والمنع، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع.

(ص): **ويجبر على الذبح، وقيل: إن كانت معلولة**

(ش): ما صدر به المصنف - قال المازري: - هو المعروف؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحمًا، ولا يُتَوَصَّل إليه إلا بالذبح.

وحكى بعضهم الاتفاق عليه.

وقوله: وقيل: إن كانت معلولة، وقع في بعض النسخ: معلوفة - بالفاء - وظاهره: أنها إذا كانت كذلك أجبر. وينبغي أن يقدر (إن كانت معلولة) لم يجبر على الذبح؛ ليوافق المنقول، ففي "الواضحة" من رواية مطرف عن مالك فيمن باع جوزًا واستثنى رأسها أو أرطالا يسيرةً من اللحم، فإن أَخَّرَهَا المبتاعُ حتى ماتت، أو صَحَّت وكانت مريضة، قال: إذا بيعت لمرض أو علة، فخيف عليها الموت، فبيعت لذلك بيسير الثمن، ولولا ذلك لبيعت بدنانير كثيرة، فإن أخرها عامدًا، فهو ضامنٌ لما استثنى عليه منها، وإن صحت وذهب ما كان بها من مَرَضٍ، فعلى المبتاع شراء ما استثنى عليه، أو قيمته

ولا يجبر على نحرها؛ لأنه كان ضامنًا لما استثنى عليه، وإن كانت حين البيع صحيحة فتربص بها المبتاع فزاد ثمنها أو سمنت فكره نحرها، فالبائع شريك بقدر ما استثنى منها.

وانظر كيف لم يجعله في هذه الرواية شريكًا إذا كانت مريضة، وجعله شريكًا إذا لم تكن مريضة وزادت أسواقها! وَلَعَلَّ ذلك؛ لأنها إذا كانت مريضة لا يكون لها كبير ثمن، فإذا صحت ارتفع ثمنها، فصارت الرأس المبيعة - وهي مريضة - كأنها قد فاتت. والله أعلم.

(ص): **ولا يأخذ منه لحمًا على الأصح**

(ش): أي: لو اتفقا على أن يعطي المشتري للبائع لحمًا عوضًا عن المستثنى، فالأصح - وهو مذهب أشهب -: منعه.

وصححه المصنف لما ذكره ابن المواز؛ أنه يدخله بيع اللحم بالحي.

ولذلك قال: بخلاف الجلد. أي: فيجوز.

والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطرف، وفي "المدونة" ما يقتضيه، وهو قوله فيمن استثنى الجلد والرأس، وأبى المشتري من الذبح: أن عليه شروى جلده أو قيمته. فلم يجعله من بيع اللحم بالحيوان.

واختلف، هل للبائع أن يبيع ما استثناه؟ بناءً على أَنَّهُ مُبقى أو لا؟ بناءً على أنَّه مشترى، فيدخله بيعُ الطعام قبل قبضه على قولين.

(ص): **ولو استثنى جزءًا جاز، ولو كان على الذبح**

(ش): كما لو باع شاةً، واستثنى نصفها أو ثلثها، أو غير ذلك من الأجزاء.

المازري: ولا خلاف فيه.

وقوله: ولو كان: مبالغة في الجواز، فاعلمه، وهو ظاهر[1].

(ص) **وفي جبر من أباه حينئذ قولان**

---

(١) قول المدونة: من باع شاة واستثنى فخذها أو بطنها أو كبدها لم يجز.

ابن يونس: يريد لأنه من بيع اللحم المغيب قال: وأما إن استثنى الصوف والشعر فلا خلاف أنه جائز.

قال ابن القاسم: وإن استثنى الجلد أو الرأس فقد أجازه مالك في السفر إذ لا ثمن له هناك، وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم. انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٨٢.

(ش): قوله: (حينئذ)؛ أي: حين باع على الذبح. (ع): والظاهر الجبر؛ لدخوله على ذلك، و"المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"[١].

وقال ابنُ يُونُس: الصوابُ عدمُه؛ لأنَّهما قد صارا شريكين، فَمَن دَعَا إلى البيع فذلك له. قال: فإن قلت: قد قال ابن القاسم: يُجبر على الذَّبح إذا استثنى أرطالا. فما الفرق؟ قيل: لأنه إذا تشاحا بيعت عليهما، ووقع لكل واحد منهما ثمن معلوم بخلاف الأرطال. انتهى.

واقتصر اللخمي على القول بعدم الجبر.

المازري: وهو الذي نص عليه الأشياخ.

(خ): ويدل عليه قولهم: ويجوز ولو كان على الذبح؛ إذ لو كان يجبر لكان فيه شراء لحم مغيب. والله أعلم.

وحكى بعضهم الأول، ولم يعزه.

وذكر ابن يونس والمازري أن بعض الشيوخ توقف في الجبر وعدمه.

(ص): ولو استثنى الجلد والرأس، فثالثها: المشهور في السفر، لا الحضر

(ش): أي: لو باع شاةً، واستثنى جلدها، أو رأسها، فثلاثة أقوال[٢]:

١ - الجواز في السفر والحضر. حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى.

٢ - والمنع فيهما. حكاه الأبهري روايةً عن مالك.

٣ - والثالث - المشهور -: يجوز في السفر دون الحضر، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله، عن عروة بن الزبير رضي الله عنهما: "أَنَّ النَّبِي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حِينَ خَرَجَ هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ مُهَاجِرَيْنِ إِلَى المَدِينَةِ - مَرَّ بِرَاعِي غَنَمٍ، فَاشْتَرَى مِنْهُ شَاةً، وَشَرَطَ لَهُ سَلَبَهَا"[٣].

ولا يقاس الحضر عليه؛ لأنه إنما جاز في السفر؛ لكونه لا قيمة له هناك فَخَفَّ الغرر.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة، في مصنفه، برقم (٢٢٣٣٢).

وجاء بلفظ: (المسلمون عند شروطهم) أخرجه بهذا الحاكم في المستدرك: ٢/٤٩، و٢/٥٠ الأول من حديث عائشة رضي الله عنها، والثاني من حديث أنس رضي الله عنه، كلاهما بإسناد ضعيف، فيه عبد العزيز بن عبد الرحمن القرشي، وهو متروك الحديث.

(٢) انظر: الكافي: ١/ ٣٠٥.

(٣) المراسيل، لأبي داود: ١/١٨٠، رقم (١٧٩).

تنبيه

جَعَلَ المصنف المشهور عدم الجواز في الحضر. والذي في "المدونة": أجاز مالك استثناء الجلد والرأس في السفر إذ لا ثمن له هناك، وكرهه للحاضر؛ إذ كأنه ابتاع اللحم.

فظاهره: الكراهة فقط، وبذلك فسرها أبو الحسن.

واحتج بقول ابن حبيب: خفف مالك ذلك في السفر، وكرهه في الحضر؛ إذ له هناك قيمة، ولا يفسخ إن نزل.

لكن أضاف المازري إلى المذهب المنع، كما فهم المصنف، فقال: وأما استثناء جلد الشاة المبيعة في الحضر فمنعه في المذهب، وأجازه ابن وهب.

وأما في السفر فعن مالك روايتان: الجواز، وهو المشهور. والمنع، ذكره الأبهري وغيره.

وقال القاضي أبو محمد: إن المحققين من أصحابنا نَزَّلوا هاتين الروايتين على أنه اختلاف حالين، فالمنع في السفر إذا كان للجلد قيمة، والجواز إذا لم تكن له قيمة.

وأشار ابن حبيب إلى منع هذا التأويل، وأجاز استثناء الجلد والأكارع حيث تكون لها قيمة، واعتل بأنه شيء معين.

وتردد الأبهري في الإجازة في السفر إذا كانت له قيمة، فقال: يحتمل أن لا يجوز، ويحتمل أن يجوز؛ لأن الحكم للأغلب، والأغلب أن لا قيمة له هناك، والاحتمال الثاني أوضح، والأول أقيس.

ابن يونس: والصواب جوازه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أجازوه، ولم يعللوا لم جاز.

قال: وأما استثناء الرأس والأكارع، فلا يكره في سفر ولا حضر كمن باع شاة مقطوعة الأطراف قبل السلخ.

(ص): ولا يجبر على الذبح على الأصح

(ش): أي: حيث قلنا بإجازته، فالمشهور - كما قال المصنف - وهو الأصح عدم الجبر على الذبح إن أباه؛ ارتكابًا لأخَفِّ الضَّررَين، إذ أمرُ الجِلْدِ أو الرأس يسيرٌ،

وقيمته أو مثله تقوم مقامه، وفي إجبار المشتري على الذبح إِفْسَادُ مَال[1].

ومقابل الأصح ليس منصوصًا وإنما قال المازري: إنه التحقيق؛ لدخوله على ذلك كاللحم.

وقد حكى عياضٌ الاتفاق على الأوَّل، فقال: لا يختلفُ في أنَّ المشتري مُخَيَّرٌ أوَّلا في أن يذبح ويعطي الجلد، أو يمسك فيعطي شراؤه أو قيمته. انتهى.

وهذا الكلام يُخالف أيضًا ما صححه المصنف من تحتم القيمة، على القول الذي صححه بقوله:

(ص) وعليه القيمة لا المثل على الأصح

(ش): إذ معناه: أنا إذا فرعنا على عدم الجبر، فهل يُقضَى عليه بقيمة الجلد أو الرأس أو بمثلهما؟ قولان: الأصح: القضاء بالقيمة؛ لأنهما من المقومات. ولم أَرَ من صَرَّحَ بهذا القول، والذي حكاهُ ابنُ يونُس وغيره عن ابن القاسم - بعد أن حكى عنه التخيير بين المثل والقيمة -: والقيمة أعدل.

ابن يونس وغيره: وقاله سحنون: وكذلك أيضًا ظاهر كلامه: إنَّ مقابل الأصح القضاءُ بالمثل فقط. وليس كذلك، بل التخيير بينهما، وهو مذهب "المدونة".

واختلف الشيوخ فيمن له هذا التخيير؟

فقيل: للمشتري؛ لأنَّه الذي جعلَ له الخيار أولا بين أن يذبح، أو يعطي الجلد

وقيل: للبائع؛ لأنه صاحب الحق.

وقيل: للحاكم. وهو أضعفها.

(ص): فلو مات ما استثنى منه معين فثالثها: يضمن المشتري الجلد والرأس دون اللحم

(ش): مراده بالعين: خلاف الجزء الشائع، كالثلث والربع، فإنه لا ضمان عليه في ذلك. وحاصل ما ذكره أنه اختلف في مسألة الأرطال والجلد والرأس، فقيل: يضمن في الجميع بناء على أنه لا يجبر، أو يضمن في مسألة الجلد والرأس، بناء على عدم جبره دون مسألة الأرطال فإنه يجبر، ثلاثة أقوال، والثالث هو مذهب "المدونة".

---

(١) ولم يجبر على الذبح فيهما بخلاف الأرطال (ش) يريد أن المشتري لا يجبر على الذبح في مسألة استثناء الجلد مع الساقط ولا في مسألة استثناء الجزء بخلاف مسألة استثناء الأرطال فإنه يجبر على الذبح فيها؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحما ولا يتوصل إليه إلا بالذبح (ص) وخير في دفع رأس أو قيمتها وهي أعدل. انظر: شرح خليل على الخرشي: ٣١٥/٧.

ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم، فعنه في "العتبية": أنه لا ضمان عليه في الجلد، وروى عنه أصبغ: أنه ضامن.

(خ): والرأس في معناه.

وذكر صاحب " البيان " عن ابن دحون أنه حمل القول بعدم الضمان على ما إذا لم يُفرِّط، وأما إن توانى بالذبح فيضمن، وهو معنى الرواية بالضمان. وعلى هذا فلا خلاف في المسألة.

قال ابن دحون: إنما جعل المصيبة من المشتري؛ لأنه إنما جاز أن يشتري بهذا الاستثناء؛ لأنه لا قيمة للمستثنى في السفر. فكأنه اشترى الجميع.

قال في "البيان": وهو كلام غير صحيح؛ إذ لا معنى للتفرقة بين أن يُفَرِّط أو لا يُفَرِّط، وإن كان ابن حبيب نحا إلى هذا، ورواه أبو قُرَّة عن مالك فيمن باع بهيمة واستثنى رأسها فلم يذبحها حتى ماتت فعليه قيمة رأسها؛ لأنه ترك ما اشتراها له من الذبح. وإن حبسها بإذن البائع هلكت فلا شيء عليه، وإن صحت فأبى أن يذبحها فعليه قيمة رأسها. وإن استحياها بإذن شريكه فهو شريك معه. وهو استحسان على غير قياس؛ إذ لا يخلو أن يكون للبائع على المشتري حق توفية أو لا، فإن كان فلا يسقط عنه ترك التفريط، وإن لم يكن فلا يجب عليه بالتفريط.

وأما قوله: وقيل: إنما جعل المصيبة من المشتري. إلى آخره، فهو كلام متناقض؛ لأن كون الجلد لا قيمة له في السفر، يقتضي أن البيع لم يقع عليه، وأن المشتري لا يكون ضامنًا له. والصحيح في المسألة أن قولي ابن القاسم محمولان على الخلاف، وأن الاختلاف في ذلك هل هو مُبْقى؟ فلا يكون على المشتري ضمان، أو مُشْتَرى؟ فيكون عليه الضمان، وكأن البائع باع جميع الشاة بعشرة وبجلدها، فإذا كانت قيمته درهمين، رجع عليه بسدس قيمة الشاة؛ لأنه بمنزلة من باع شاة بعشرة وعرض.انتهى.

وفي "تهذيب الطالب " وابن يونس عن بعض القرويين: أنه لم يختلف في مسألة استثناء الأرطال أنه لا ضمان على المشتري، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في الجلد؛ لأنه لما لم يجبر في الجلد على الذبح، كان الجلد في ذمته لا في معين، بخلاف مسألة الأرطال، فإنه مجبر على الذبح[1].

---

(١) الإجبار على الذبح إنما هو مفرع على استثناء الأرطال أما استثناء الجزء الشائع أو الجلد والرأس فلا يجبر على الذبح فيهما على المشهور وكذا تقدم أول كلام التوضيح المنقول آنفا أن الخلاف =

وهذا يخالف ما حكاه المصنف من تعميم الخلاف، وجعله الثالث تفصيلا.

(ص): **وفي اشتراء البائع** مال **العبد المبيع بماله قولان، لابن القاسم وأشهب.**

(**ش**): هذه المسألة مشكلة حكمًا ونقلا، أما الحكم فظاهر كلامه أن أحد القولين: جواز اشترائه، وإن كان فيه طعام ونقدٌ أو دينٌ بما شاء من الثمن. وفي ذلك من وجوه المنع ما لا خفاء فيه، حتى قال (ع): إنه لا يعلم خلافًا أن البائع فيها كالأجنبي.

قال شيخنا رحمه الله: ويمكن لو ساعده النقل التفرقة بين البائع وغيره، بأنَّ البائع عالم بمال عبده غالبًا، بخلاف غيره، قياسًا على ما أجازوه للبائع أن يستثني أربع نخلات من حائطه.

وأما النقل فقد بحث (عُ) وغيره عن هذه المسألة في مظانها فلم يجدوه، ثم اختلف الأشياخ فمنهم من وَهِمَهُ، ومنهم من أحسن الظَّنَّ به، وتكلف له جوابًا. ثم لهم في ذلك وجوه:

أَوَّلُهَا: أنها على ظاهرها، والشراءُ محمولٌ على الإقالة؛ أي: أراد البائع أن يستقيل المشتري بما يَنُوبُه مِن الثَّمن، فإن عددنا الإقالة حلَّ بيعٍ جَازَ، وإن عددناها ابتداء بيع كان ما يخص مال العبد من ثمنه غير معلوم؛ إذ لا يُعلم إلا بعد تقويمه رقبته على انفرادها، وماله على انفراده، ويكون هذا كالثمن المعلوم جملة دونَ تفصيل.

ويكون المصنف عَبَّر عن لفظ الإقالة بلفظ الشراء تنبيهًا منه على سبب القول بالمنع؛ لأنه لو عبر بالإقالة لم يفهم السبب المقتضى للمنع.

وفيه نظر؛ لأن المعلوم جملة، والمجهول تفصيلا منعه ابن القاسم، وأجازه أشهب عكس ما نسبه المصنف إلا أن يقدر: (وفي المنع) وهو تأويل (ع).

ثانيها: أن المسألة على ظاهرها، والخلاف فيها بالإجراء على قولي ابن القاسم وأشهب في العبد إذا باعه بدون ماله، ثم أراد المشتري أن يزيد البائع شيئًا، ويلحق المال بالبيع، فروي عن مالك جوازه، وبه أخذ ابن القاسم.

وروي عنه منعه، وبه أخذ أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم.

ولابن القاسم قول ثالث بالجواز، إذ كان بحضرة البيع. قال في "المبسوط":

=

في الضمان مفرع على استثناء الأرطال والجلد والرأس وأما على استثناء الجزء الشائع فلا ضمان على المشتري لأنه شريك. انظر: شرح ميارة: ١/٥١٦.

ومعنى القرب ألا يدخل المال زيادةٌ ولا نقصٌ. بناءً على أن

الملحقات بالعقود هل تعدُّ واقعة في أصل العقد؟ فيجوز، أو لا تعدُّ واقعة في أصل العقد؟ فمنع في الصورتين.

ونسب المصنف القولين لهما بناءً على أنَّ لازِمَ القَولِ قَولٌ، وَهُو تَأْوِيلُ (ر).

ثالثها: أن اشتراء مصدر وهو مضاف إلى المشترى منه، والفاعل محذوف وهو: المشتري.

أي: وفي اشتراء المشتري من البائع مال العبد المبيع بماله؛ أي: بمال المشتري. والخلاف فيها منصوص لابن القاسم وأشهب كما ذكر في الوجه الثاني، وفيه تعسف.

رابعها: أن البائع بمعنى المشتري؛ لأن كل واحد منهما بائع في المعنى، واشترى بمعنى باع.

وضمير (ماله) يعود على المشتري. وفيه تعسف، وإن كان البائع في اللغة يطلق على المشتري ولكن الفقهاء لا تستعمله، وإنما يستعمله من يريد الإلغاز.

تنبيه

ما تقدم من تمشية (ر) من خلاف ابن القاسم وأشهب إنما ذلك إذا اشترى المال على وجهٍ لو انفرد المال لم يجز، كَمَا لَو كان المالُ عينًا وَعَرْضًا واشتراهُ بِعَيْنٍ. وأما لو اشتراهُ على وجهٍ لو انفرَدَ لجاز فلا خلاف في الجواز[1].

(ص) والمتعين ولا غَرَضَ في عَدَدِهِ، أو قَلَّ ثمنه يجوزُ جِزافًا

(**ش**): لما ذكر أنَّ مِن شَرطِ المبيع أن يكون معلومًا خشي أن يُتَوَهَّمَ منع الجزاف، فذكره؛ ليُعْلَم أنَّ حكمة الجواز، وأن الحرز أُقيم فيه مقام المعلوم.

وقوله: (والمتعين)؛ أي: المشاهد المرئي، وبذلك فسره (ر)، وتفسير (ع) (المتعين) بالمقوم بعيد جدًا.

وذكر علماؤنا لبيع الجزاف شروطًا:

أولها: أن يكون مرئيًا، فلا يجوز بيع غائب جزافًا؛ إذ لا يمكن حزره.

ثانيها: ألا تكون آحاده مقصودة، كالجوز واللوز والعصافير وصغار الحيتان، فلا يجوز بيعُ الرقيق والحيوان والثياب جزافًا، وإليه أشار بقوله: (ولا غرض في عدده).

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٨.

وفي "الواضحة": جواز بيع الأَتْرُجِّ والبطِّيخ جِزافًا، وإن اختلفت آحادُه في الكِبَرِ والصِّغَرِ.

المازري: وهو لا يأتي على ما أصلناه من المنع فيما تراد آحاده، إلا أن يكون الثمن لا يختلف عند المتعاقدين بالصغر والكبر.

ثالثها: أن يكون مما يتأتى حرزه، فإن كان من الكثرة بحيث لا يتأتى حرزه لم يبع جزافًا؛ لكثرة الغرر، وذكر الباجي وغيره.

رابعها: جهل المتعاقدين بكميته. وسيأتي هذا الشرط من كلام المصنف.

خامسها: أن يكون عالمين بالحرز.

اللخمي: فإن كان قومٌ لا يعتادون ذلك، واعتاده أحدهم لم يجز؛ لأن الغرر يعظم.

سادسها: أن يكون في أرض مستوية، ذكره جماعة.

وقوله: (أو قل ثمنه)، ظاهره: لو قصدت آحاده. وبذلك صرح (ر)، ومثل ذلك بالبيض والرمان والقثاء والموز والأترج والبطيخ.

وكذلك قال (ع)، فإنه قال: الفقوس، والبطيخ والرمان وشبهه من المعدود الذي تقصد آحاده ولا يتعلق الغرض بعدده عندهم يجوز بيعه جزافًا.

(ع): ويقع في بعض النسخ: (أو قل عدده)، موضع (ثمنه)، وذكر الثمن هو الصواب، وأما قلة العدد، فإنما تناسب المنع، فإنه لا كبير كلفة في عدده؛ إذ هو مما تُقصدُ آحاده، ويتعلق الغرض بعدده، فإن قلَّ ثمنه قام العدد مقام كونه لا تقصد آحاده. انتهى.

وقد صرح ابن أبي زيد بِأنَّ ما قَلَّ ويمكن عدده بلا مشقة، لا يجوز بيعه جزافًا.

ومنع ابن القاسم في "العتبية" شراء الخشب الملقاة بعضها على بعضٍ جزافًا، فإنه تخفُّ مئونة عدده بمنزلة الغنم، قال: ولا بأس بشراء صغار الخشب جِزافًا.

تنبيه

ما قدمناه من بيع العصافير جزافًا نصَّ عليه مالك، وتأوَّله ابن القاسم على أنَّ ذلك بعد الذبح، وأما قبله في الأقفاص فلا؛ لأنَّ بعضها يدخلُ في بعض فلا يمكن حزره. وكذلك نص ابن حبيب على الجواز بعد الذبح، وعلى عدمه قبله[1].

---

(١) لما كان من شرط المعقود عليه علمه: "لا يجوز بيع ما في الأنهار" جمع نهر بفتح الهاء وسكونها، وهي البحار. "و" ما في "البرك من الحيتان" لكثرة الغرر وكذلك الطير في الهواء =

وفي "الموازية": لا بأس ببيع برج الحمام بما فيه جزافًا.

(ر): وفي "الطراز": ذكر القاضي أبو الوليد في "كتابه الكبير " أن بيع الطير في القفص جزافًا غير جائز باتفاق، وفي بيع الحمام في الأبراج قولان: الجواز، والمنع، بناءً على أن عدها ممكن أم لا.

(ص): وفرق بين ظرف مملوءٍ، وملئه وهو فارغ ابتداء، أو بعد أن اشتراه جزافًا وفرَّغه

(**ش**): أي: ولاشتراطنا في الجزاف أن يكون مرئيًا فُرِّقَ بين ظرف مملوء، فيجوز بيعُ مَا فيه جِزَافًا، وبينَ ملئِه، وهو فارغٌ ابتداءً، أو ملئه ثانيًا بعد أن اشتراه أولا، فلا يجوز فيهما؛ لعدم الرؤية. وهكذا نصَّ عليه ابن القاسم، وأصبغ ومحمد وغيرهم.

المازري: وقد يهجس في النفس أنه لا فرق بين ما أجازوه ومنعوه؛ إذ لا يختلف حرز الحارز لزيتٍ في قارورةٍ، أو لمقدار ملئِها زيتًا.

ولهذا اختار ابن يونس جواز اشتراء ملء هذه القارورة. قال: ولو قاله قائلٌ في الغرارة لما بعد، وهو في القارورة أبين؛ لأن ملئها لا يختلف.

ولا يقال: يرد على التفرقة التي ذكرها المصنف ما أجازوه في "العتبية" من شراء سلة تينٍ ثانيًا بدرهمٍ، بعد أن اشتراها أولا؛ لقوله: بخلاف غرارة القمح، ألا تَراهُ لا يُسلِمُ في غَرائِرِ القمح؟ ويسلم في سلتين تينًا؛ لأنه معروف. فإنه أشار في تعليل المسألة إلى أن السلة في التين مكيال له، كاللوبية بالنسبة إلى القمح، فصار كأنه إنما اشترى

=

والنحل خارجا عن الجبح؛ لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها. وأما لو كان النحل في جبحه فيجوز بيعه ولو بدون جبحه، كما يجوز بيع العصافير بقفصها لكن مذبوحة وأما حية فلا إلا أن يشتريها مع طرفها فيجوز؛ لأنه غرر تابع، وقدمنا أنه يجوز شراء النحل في جبحه ويدخل الجبح تبعا، كما أنه لو عقد على الجبح وسكت عن النحل أنه يدخل النحل ولا يدخل العسل في الصرتين، وما تقدم من منع بيع السمك في الماء قيده بعض الشيوخ بما إذا لم يكن في محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل إلى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها، وإلا جاز.

"تنبيه". تكلم المصنف على منع بيع السمك في الماء وسكت عن جواز اصطياده للإجماع على جوازه، إلا أن يكون الماء في أرض مملوكة للغير، وأراد غير المالك للأرض اصطياد ما فيها ففي منعه خلاف، والمعتمد أنه لا يجوز لمالك الأرض منع الاصطياد منها إلا في صورة، وهي أن يكون اصطياد الغير يضر صاحب الأرض، كأن تكون البركة في وسط زرع صاحب الأرض. انظر: الفواكه الدواني: ١٢٩/٣.

شيئًا معلومًا، وألحق ذلك بقوله: بخلاف غرارة القمح.

فرع

واختلف أصحابنا إذا وقع التباين بكيلٍ مجهول، فقال أشهب: لا يفسخ. وجعله بمنزلة الجزاف.

ورأى غيره أنه يفسخ؛ لأن العدول عن المعتاد من المكيال إلى المجهول غررٌ.

(ص): **فأما الغائب ونحو القمح في التبن فلا**

(ش): أي: ولا يجوز بيع الجزاف غائبًا. وعطف القمح في التبن على الغائب، إما من عطف الخاص على العام، وإما لأنه ليس غائبًا حقيقة، ولكنه في حكم الغائب، ولا خلاف فيما ذكره المصنف. قاله صاحب " الإكمال".

(ص): **بخلاف الزرع قائمًا، وكذلك المحصود على الأشهر**

(ش): لا خلاف عندنا في جواز بيع القائم؛ لما في الصحيح: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُو، وَعَنْ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ، نَهَى البَائِعَ وَالمُشْتَرِي"(١).

والأشهر في المحصود: الجواز قياسًا على القائم.

وقيل: بالمنع، قياسًا على ما كان منه حال الدرس، وهو قول التونسي، وظاهر كلامه: أن الجواز أعم من أن يكون حزمًا أو لا. وينبغي أن يُقَيَّدَ بِمَا إذا كان حُزمًا فَقَدْ قال صاحب " الإكمال": لا خلاف أنه لا يجوز بيعه إذا خلط في الأندَرِ للدِّراسِ، أو كُدِّسَ بَعضُه على بعض قبل تصفيته، واختلف عندنا إذا كان حُزَمًا أو قِطَعًا يأخذُهما الحزرُ والتحري على قولين.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٩٧) ومسلم، برقم (١٥٣٦)

قال ابن بطال: أجمع العلماء أنه لا يجوز بيع الثمار والزرع والبقول قبل بدو صلاحها على شرط التبقية إلى وقت طيها، ولا يجوز بيع الزرع أخضر إلا للقصيل وأكل الدواب، وكذلك أجمعوا أنه يجوز بيع البقول إذا قلعت من الأرض وانتفع بها وأحاط علما بها المشتري، ومن بيع المخاضرة: شراؤها مغيبة في الأرض كالفجل والكراث والبصل واللفت وشبهه، فأجاز شراءها مالك والأوزاعي، قال مالك: ذلك إذا استقل ورقه وأمن، والأمان عنده أن يكون ما يقطع منه ليس بفساد.

واختلفوا في بيع القثاء والبطيخ وما يأتي بطنا بعد بطن، فقال مالك: يجوز بيعه إذا بدا صلاحه، ويكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره؛ لأن وقته معروف عند الناس.

ولو رأى المشتري ما في الأندر، وهو قائم قبل أن يحصد جاز؛ لأنه عَلِمَ حَزرَه، وهو قائم.

(ع): وينبغي أن يكون خلافًا في حالٍ، فإن لم يختلط وبقي السنبل إلى جهةٍ واحدةٍ فالنفس أميل إلى الجواز ولا يُحَاطُ به مع ذلك كما يُحَاطُ بالقائمِ، وإن كان على خلاف هذا الحال فلا شك في المنع.

(خ): وقد يمشي كلام المصنف على ظاهره، ويعتمد في ذلك على ما نقله الباجي، فإنه قال: روى القاضي إسماعيل: أنه يجوز بيعه في أنادره، وقبل درسه وروي عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إذا كان حُزَمًا، يُرى سنبله وينظر إليه. فَعَطفُ قولِ ابنِ نَافِعٍ على روايةِ القاضِي دليلٌ على أنَّه يجوزُ على روايةِ القاضِي، وإن لم يَكن حُزَمًا.

(ص): **والمسكوكُ والتعامل بالوزن يجوز جِزافًا، وبالعدد لا يجوز. وقيل: فيهما قولان**

(ش): احترز بـ (**المسكوك**) من التبر والمصوغ ونحوهما، فيجوز جزافًا. المازري: ولو كان الحُليُّ مَحْشُوًّا، إذا عُرِفَ قدرُ السَّاترِ للحشو من الذهب والفضة، بأن يعلم رقته من غلظه، وأمكن حزره.

وشمل قوله: المسكوك الفلوس، وهو صحيح، نَصَّ مَالِكٌ في "الموازية" عليه.

وقوله: (والتعامل بالوزن)، أي: كدراهم مصر، وهي: المجموعة يجوز بيعها جزافًا، وإن كان التعامل بالعدد كدراهم المغرب، فلا يجوز بيعها جزافًا.

وحكى ابن بشير وابن شاسٍ، عن القاضي أبي الحسن: الكراهة إذا كان التعامل بالعدد.

واعلم أنَّه نَصَّ في "المدونة" على منع بيعِ الدراهم والدنانير جِزافًا، وأطلق، فحملها اللَّخمي على الإطلاق، ولم يذكر في المنع خلافًا إذا كان التعاملُ بالعدد، وحكى عن ابن القصار الكراهة فيما إذا كان التعاملُ بالوزن.

وقال المازري: اختلف البغداديون في معنى المنع، فقال ابن القصار: الكراهة وإليه أشار ابن عبد الحكم بقوله: لم أرَ أحدًا من أصحابنا يجترِئُ على فسخِ بيعِ الدنانير والدراهم جِزافًا.

وذهب الأبهري وعبد الوهاب إلى أن المنع على التحريم. فمُقتَضَى قول ابن القصار عدمُ الفسخ؛ لأنه مكروه ومقتضى قول الأبهري وأبي محمد الفسخ، إن لم

يراعيا الخلاف.

واختلف في علَّةِ المنع، فقال ابن مسلمة: لكثرةِ ثَمَنِ العَينِ، فَيكثُر الغَرَرُ. وهو منقوضٌ؛ لإجازتهم بَيعَ الحُليِّ جِزَافًا، واللؤلؤ إذا لم يقصد آحاده، وإن كان القاضي أبو محمد أطلق عدم جواز بيع الجواهر جِزافًا، لكنَّ التحقيق ما قلتُه.

وعلل الأبهري وأبو محمد المنع بأن الغرر هنا من وجهين: من جهة الكمية ومن جهة الآحاد؛ لأنه يرغب في كثرة آحاده؛ ليسهل شراء السلعة اليسيرة الثمن بها، بخلاف غيرها من المبيعات، فإن الغرر فيها إنما هو من جهةٍ واحدةٍ وهي الكمية. انتهى.

قول المصنف: (وقيل: فيهما قولان)، أي: سواء أكان التعامُلُ بالوزن أو بالعدد.

وهذه طريقة الباجي وبنى الخلاف في ذلك على الخلاف في الدنانير والدراهم، هل تتعين بالعقد أولا؟ فإن قلنا: أَنَّهَا لا تَتَعَيَّن بالعقدِ، لَم يَجُز بَيعُها جِزافًا؛ لأنَّ العقدَ عليها يَتَنَاولُ الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة. وإن قلنا: تَتَعَيَّن، جَازَ بَيعُها كسائرِ المَوزُونَاتِ والمكِيلات.

وهذا فهمٌ حَسَنٌ مِن المصنفِ لكلامِ البَاجِي، وإن كان ابنُ بشيرٍ إنما نقل عن الباجي أنه قال: إن كان التعاملُ بالعدد لم يجز المجازفةُ باتِّفاقٍ، وإن كان وزنًا فقولان. فإن كلام الباجي لا يُؤخذ منه الاتفاق فيما إذا كان التعاملُ بالعدد وتعليله بالتعيين وَعَدَمِهِ يُنَافيه.

(خ): ولكن في كلام الباجي نَظَرٌ مِن أَوجُهٍ أُخَر، وذلك أَنَّهُ ينبغي - وإن قلنا: إن الدراهم والدنانير لا تَتَعَيَّن - فينبغي أن يُتَّفَقَ هُنَا على تعيينها؛ لأنها جزاف والجزاف مجهول، والذمة لا يكون فيها مجهول. والله أعلم.

(ص): وشرط الجزاف استواؤهما في الجهل بقدره

(ش): أي: وشرطُ جوازِ بيعِ الجِزافِ استواءُ البَائِعِ والمبتاعِ في الجهلِ بقدر المبيع؛ لأنهما لو اشتركا في العلم بقدره لم يكن جزافًا، وإن انفرد أحدهما لم يجز العقد عليه، ولا سيما إن علمه بعلمه؛ لأنهما تعاقدا على مخاطرةٍ وغَرَرٍ. وهذا أولى من كلام (ع).

فرع

لا إشكال فيما ذكرهُ المصنِّفُ في المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف مقاديره بالكبر والصغر، وأما المختلف كالقثاء والبطيخ، فقد روى ابن وهب عن مالك في "المبسوط " جواز بيعه ممن يعرف عدده جزافًا.

وقال ابن المواز: إذا عَرِفَ أحدُ المتبايعين العددَ لم يجز بَيعُه جِزافًا.

ووجَّه الباجي الرواية الأولى: بأن الغرض في مبلغه دون عدده، فإذا انفرد بمعرفة عدده، فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصودِ منه، كما لو انفرد بمعرفةِ عدد القمح أو معرفة وزنه.

(ص): **فإن علم المشتري بعلمه بعد العقد فله الخيار**

(**ش**): أي: فإن علم المشتري بعلم البائع بقدر المبيع جزافًا **بعد العقد**، فالمشتري **بالخيار** كما لو اطَّلعَ على عَيبٍ دَلَّس به البائعُ[1].

وحكى عبدُ الوهاب عن ابن القصَّارِ استشكالَ كون هذا عيبًا؛ لأن العيب إذا أعلم به البائعُ جاز للمشتري الرِّضا به، ولو أعلَمَ البائِعُ المشترِي بِأَنَّه عَالِمٌ به ورضِيَ كان فاسدًا. نَصَّ على الفسادِ في "كتاب محمدٍ".

وحكى سحنون أن البيع جائز، واستُبعِد.

(خ): ويمكن أن يُجابَ عَمَّا أوردَهُ ابن القصَّار بأنه هنا إذا أخبره بأنه عالم بكيله، ثم اشتراه منه بعد ذلك، فقد دخل معه على المقامرة والمخاطرة، بخلاف غيره من سائر العيوب.

وأجاب القاضي أبو محمد عن الإشكال بأنه: لا ملازمة بين أن يكون الشيء يفسد به العقد إذا قارنه، ولا يفسد إذا اطَّلع عليه بعد ذلك؛ لدخوله في الأول على الغرر دون الثاني، كما قال سحنون فيمن باع أمة وشرط أنها مغنية: أن البيع فاسد، ولو اطلع على ذلك لم يفسد، وكان له **الخيار**.

(خ): وعلى هذا فلا يصح بيع المغنية مع التبيين، وإنما يجوز بيعها بشرط عدم التبيين، ثم يبين **بعد العقد**، وفيه نظر، وينبغي أن يقيَّد مَا قالوه من أنَّهُ لو ذكر: أنها مغنية، لم يجز شراؤها بما إذا كان القصد من ذلك زيادة الثمن، وأما إن كان القصد التبري، فيجوز.

وقوله: (فإن علم المشتري)، يريد: وكذلك العكس، فقد ذكر المازري أن المعروف من المذهب مساواة البائع في ثبوت **الخيار** له إذا اطَّلع على علمِ المشتري كالعكس.

قال: ورأيت بعض أصحابنا حكى فيه عن بعض أهل المذهب خلافًا، وأن البائع لا خيار له.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٧٦.

قال ابن رشد: فإن فات المبيع في مسألة الجزاف التي حكموا فيها بتخيير المشتري لزم فيه الأقل من الثمن أو قيمة الجزاف، وفي مسألة الجزاف التي حكموا فيها بفساد البيع إن فاتت الصبرة، ففيها القيمة ما بلغت.

قال: وإن أراد المبتاع أن يُصدق البائع في الكمية ورَدَّها له، لا نبغي أن لا يجوز على أصولهم في الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا.

فرع

وهل يجوز أن يجمع مع الجزاف غيره في عُقْدَةٍ واحدةٍ؟

اعلم أولا أنَّ من الأشياء ما الأصلُ فيه أن يُباع كيلا، ويجوز جزافًا، كالحبوب، ومنها ما يباع جزافًا، ويجوز كيلا، كالأرضين والثياب، ومنها عروض لا يجوز بيعها كيلا ولا وزنًا، كالعبيد والحيوان.

فالجزاف مِمَّا أصله أن يُباع كيلا كالحبوب، لا يجوزُ بيعه مع المكيل منه، ولا مع المكيل مِمَّا أصله أن يباع جزافًا، كالأرضين والثياب باتِّفاقٍ.

والجزاف مِمَّا أصله أن يباع جزافًا، لا يجوز أن يباع مع المكيل منه باتفاق أيضًا.

واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلا على قولين:

أحدهما: الجواز، وإليه ذهب ابن زرب، وأقامه من إجازته في السلم الأول من "المدونة"، فيمن أسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة. ولا خلاف في جواز بيع المكيلين صفقةً واحدةً وكذلك الجزافان. ويجوز بيع الجزاف مع العروض في صفقة واحدة، إلا عند ابن حبيب، فإنَّه ذهبَ إلى أنَّ الجزافَ مما أصله أن يُباع كيلا، لا يجوزُ بيعُه مع العروض في صفقة واحدة، وهو بعيد. قاله صاحب " المقدمات"[(١)].

وقال المازري: لا إشكال في جواز بيع الجزافين من الحبوب. واختلف في الجزاف والمكيل، فمن أجاز رأي أن الغَرَرَ لَم يَكْثُر بإضافةِ هذا المكيل للجزاف، ومن منعَ رأى أنَّ

---

(١) ابن رشد أما بيع الجزافين على الكيل فإن كانا على صفة واحدة وبكيل واحد جاز باتفاق، وإن اختلف الكيل والصفة جميعا لم يجز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر مثل أن تكون صبرتين من قمح صفة واحدة فيشتريهما صفقة واحدة هذه الثلاث الأرادب بدينار وهذه الأربعة بدينار، أو صبرة من قمح وصبرة من شعير فيشتريهما صفقة واحدة ثلاثة أرادب بدرهم، جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب.

منع ابن القاسم أن يبيع الرجل قريته تكسيرا كل قفيز بكذا إلا أن تستوي أرضها في الطيب والكرم ولا يكون فيها ثمرة. انظر: التاج والإكليل: ٣٩٨/٦.

المكيلَ معلوم مبلغه، والجزاف مظنونٌ، واجتماع معلوم ومظنونٍ في عقدٍ يصير في المظنون غررًا لم يكن فيه. وكذلك اختلف إذا ضُمَّ إلى المكيل ثوبٌ أو عرضٌ.

(خ): وحكاية المازري الخلاف في الفرع الأوَّل خلاف ما في "المقدمات " قال في "المقدمات": أما بيعُ الجزاف على الكيل، فلا ينضاف إليه شيء في البيع بِحَالٍ على الصحيح من الأقوال وهو مذهب ابن القاسم.

وأما بيع الجزافين على الكيل، فإن كانا على صفةٍ واحدةٍ، وبِكَيْلٍ واحدٍ جاز باتفاقٍ. وإن اختلف الكيلُ والصفةُ جميعًا لم يجز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر، جاز عند أشهب ولم يجز عند ابن القاسم.

(ص): ورؤية بعض المثليِّ كالقمح والشعير والصوان كقشر البيض والرمان كافية

(**ش**): يعني: ليس من شرط المبيع عندنا أن يُرى جميعُ المبيع، بل رؤية بعض **المثلي** كافيةٌ في جواز العقد على الجميع؛ لتماثل آحاده، كالقمح والشعير، ولا فرق في ذلك بين ما كان حاضرًا بالبلد أو غائبًا، وينبغي الاحتفاظُ على العَين، فيكون كالشاهد عند التنازع.

وقوله: (والصوان)؛ أي: ورؤية ما له صوان كافيةٌ عن رؤية المَصُونِ، والصُّوانُ - بكسر الصاد وضمها -: الوعاء.

ونقل الجوهري فيه لُغَةً ثالثةً، وهي: صِيانٌ.

وتقييدُ المصنِّفِ بالمثلي يدل بمفهومه أنه لا يكفي ذلك في المقوم، وهو ظاهر المذهب، وهو مفهوم "المدونة" في بيع الخيار.

وممن نَصَّ على عدم اللزوم في المقوَّمِ الشيخ أبو محمدٍ وابن شبلون وعبد الحق وغيرهم.

الشيخ: ولو قال قائلٌ: إنه كالمثلي، يلزم باقيه إذا كان على الصفة، ما بعد.

(خ): وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم من "العتبية"، قال: ومن باع أعدالا من كتانٍ أو بَزٍّ فنظر إلى ثوبٍ أو ثوبين، أو رطل أو رطلين، ثم وجد الباقي لا يشبهه، فأما ما هو قريبٌ مِمَّا رأى فلا رَدَّ له، وكذلك القمح والثمر في بيت يكون أوله خيرًا من آخره، وأما التَّغير القريب، فلا حجة له، وأما الأمر الفاحش قال: فيرد. انتهى بمعناه.

ابنُ رُشدٍ: وهي مسألة صحيحة مبينة لما في "المدونة" وغيرها، قال في "المدونة": وإن خرج آخر الحنطة مخالفًا لأولها، لم يلزم المشتري من ذلك شيء، وله رد الجميع،

إن كان الاختلاف كثيرًا، وليس للمبتاع أن يقبل ما رضي بحصته من الثمن، ويرد ما خرج مخالفًا، إلا أن يرضى البائع، ولا للبائع أن يلزمه ذلك أبى المبتاع، وكان الاختلاف كثيرًا، وكذلك في جميع ما يوزن أو يكال.

عبد الحق: وإنما يلزم الباقي إذا وافق بشرط أن لا يكون الأول معيبًا؛ لأنه يقول ظننت أن الباقي سليمًا، فاغتفرت العيب فيما رأيت أولا.

قال أبو الحسن: وقوله: إن كان الاختلاف كثيرًا، اختلف في حد الكثرة، فقال أبو محمد: النصف. وقال أبو إسحاق: الثلث. وقال ابن يونس: الربع.

وقد ذكر ابن رشد: إنَّ وجود العيب بطعام على خمسة أوجهٍ، وقد ذكرت كلامه عند قول المصنف: وتلف بعضه واستحقاقه كَرَدِّه بِعَيْبٍ، فانظُره.

(ص): **والرُّؤيةُ تَتَقَدَّمُ بمدَّةٍ لا تتغيَّرُ فيها كافية**

(ش): أي: يجوزُ العقدُ على سلعةٍ غائبةٍ برؤيةٍ متقدمةٍ إذا مضت مُدة لا تتغير فيها إلى وقت العقد، ومفهوم كلامه: أنه لو مضت مدة تتغير فيها، لا يجوز العقد.

وبذلك صرح ابن شاس فقال: أما البيع على رؤية متقدمة، فيشترط في صحته أن لا تطول مدة الرؤية طولا يتوقع فيه تغير المبيع عادة. كذلك يفهم من كلام بعضهم.

وفي ابن يونس: وإن رأى عبدًا منذ عشرين سنة، ثم اشتراه على غير صفة، فقال: إذا طال ذلك وتقادم، وطال ما يتغير العبد في مثله، فالبيع فاسد إلا بصفة مستقبلية.

وفي "كتاب محمد": البيع جائز إذا علم البائع أن المشتري كان قد رآه؛ لأنه إنما باعه على تلك الصفة التي كان رآها.

زاد أبو محمد: ولا ينقده. انتهى.

وفي اللخمي: وإن بعدت الرؤية بما يمكن أن تتغير فيه، لم يجز بشرط النقد، فإن لم يشترط النقد جاز. وهو الذي يأتي على ما ينقله المصنف عن "المدونة": أنه يجوز الشراء من غير ذكر صفة.

(ص): **فالقول قول البائع في بقائه خلافًا لأشهب**

(ش): أي: إذا حصل العقد برؤية متقدمة فَلَمَّا رأى المشتري المبيع عند القبض، زعم أنَّه تَغيَّرَ عن حالته الأولى إلى ما هو أدوَن، فقال ابن القاسم: القول قول البائع. وقال أشهب: القول قول المشتري. بناءً على أنَّ الأصل بقاء مَا كان على حاله، أو براءة ذِمَّةِ المشتري من الثمن.

أَمَّا لو تنازعا في عين السلعة فالقولُ قولُ المشتري بالاتفاقِ مع يمينه؛ لأنه لم يرد نقض بيعٍ في سلعةٍ اتَّفَقَا على البيعِ فيها.

وقيد اللخميُّ الخلاف بأن يكون ما مضى من المدة يشكل الأمر فيه، هل تتغير فيه أم لا؟

أما إن قرب ما بين الروايتين بحيثُ لا يتغيَّرُ في مثله فالقولُ للبائع اتفاقًا. وكذلك العكس إذا بعد ما بينهما مِمَّا يُقَالُ: أنَّ المبيع يتغير فالقول للمشتري. قال: وتسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري، كما إذا اشترى زيتًا أو قمحًا بالأمسِ، ويقول اليوم: وقد تغير الزيت واحمر أو تسوس القمح.

(ص): ويُشتَرَطُ في لزومِ بيع الغائب وصفه بما يختلف الثمن به. وفيها: صريحٌ في، الجواز من غير صفةٍ، وللمشتري خاصةً الخيار وأنكره بعضهم

(ش): قوله: (ويشترط في لزوم)، ظاهره أن الجواز لا يشترط فيه ذلك، ويُخَيَّرُ في أخذه أو تركه، وهو معنى ما ذكره عن "المدونة"، فكان ينبغي أن يقول: ويشترط في جواز؛ ليكون ما في "المدونة" خلافًا. والقول الأول نَسَبَهُ في "المدونة" لبعض كبار أصحاب مالك، وما في "المدونة" مقيد بما إذا انعقد البيع على أن للمشتري الخيار، وأما إن انعقد على الإلزام أو سكتا عن شرط الخيار، فالبيع فاسد[1].

وكلام المصنف لا يقتضي أن ذلك من شروط الصحة؛ لاحتمال أن يكون قوله: (وللمشتري خاصة الخيار) من نتائج العقد لا أنه مشترط، وليس كذلك.

(ع): وظاهر ما في السَّلَمِ الثالث من "المدونة" أنه لا يُشترط ذكرُ جنسِ المبيع بالكلية.

وأنكر الأبهري وابن القصار وعبد الوهاب ما وقع في "المدونة".

وزعم بعضهم أن هذه المسألة إنما هي من كلام الحنفية؛ لأن أسد بن الفرات

---

(١) بيع الغائب على رؤية متقدمة فيما يؤمن تغيره. وعلى رؤية البعض فإن خالف الباقي ثبت الخيار وكالعسل في وعائه وما له صوان برؤيته كالبطيخ والرمان والجوز واللوز ونحوه والغائب على الصفة فيما يغلب مصادقته عليها ولا يمكن الإطلاع عليه حال العقد فيذكر منها ما يميزه عن غيره وتختلف الأغراض والأثمان بها فإن وافق لزم وإلا ثبت للمبتاع الخيار والتلف قبل مجيئه من البائع إلا أن يعلم أن العقد صادف الصفة فيكون من المبتاع كالمأمون تغيره فإن اختلفا في وجودها حال العقد فالقول قول البائع وفيها القول قول المشتري ويوكل الأعمى إلا أن يعرف الصفة. انظر: أشرف المسالك: ١/١٨٣.

سألهم أولا، ثم أخذ بمذهب مالك، وأن أسد بن الفُرات أبقاها في "المدونة".

وهو باطلٌ؛ لأن نسبة الوهم بغير دليلٍ إلى أسد وسحنون لا يجوز.

المازري: وما في "المدونة" هو معروف. ونقله اللخمي عن جل الأصحاب.

وقال في "المقدمات": وفي "المدونة" في كتاب الغرر دليل على أنه لا بد من الوصف، وهو الصحيح الذي يحتمله القياس.

(ص): **وأن لا يكون بعيدًا جدًا، كإفريقية من خراسان**

(**ش**): هذا شرط ثان لبيع الغائب، وهو معطوف على: (وصفه)؛ أي: ويشترط في جواز بيع الغائب كونه غير بعيد جدًا؛ لكثرة الغرر، والغرر فيه كثير[1].

(ص): **ولا قريبًا تمكن رؤيته بغير مشقة على الأشهر**

(**ش**): هذا شرط ثالث، وهو شرط في الجواز كالثاني؛ أي: لأن عدولهما عن الرؤية مع إمكانها إلى الصفة ضرب من الغرر، وما ذكره أنه الأشهر هو مذهب "الموازية"، ومقابله مذهب "العتبية" فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق بين أيديهما على الصفة، وظاهر "المدونة" الجواز في خمسة مواضع:

ففي آخرِ السَّلَم الثالث: وإن بعت من رجل رطل حديد بعينه في بيتك برطلين من حديد بعينه في بيته؛ ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك.

وفي الرد بالعيب: وإن ابتعت سلعةً حاضرةً بسلعةٍ في بيتك، أو بموضع قريب يجوز فيه النقد، ووصفتها جاز ذلك.

وفي بيع الغرر: وإن استأجرت منه دارًا بثوب في بيتك، ووصفته، ثم اشتريته منه، وهو بيدك، بعين أو بثوبين من صنفه، أو بسكنى دار لك، فجائز.

وفي آخر الجُعل لما ذكر بيع الزرع على أنَّ الدرس على البائع قال: وليس ذلك كحنطةٍ في بيتك تلك لا بد من صفةٍ أو عيانٍ.

وفي أكرية الدور: وإن أكريت دارك بعبدٍ بعينه، على أن تقبضه، فمات بيدِ المكتري، فهو منك، والكراء يلزمك كالبيع. ولو كان بثوبٍ بعينه في بيت المكتري، وقد وصفه كان منه، وانتقض الكراء.

فهذه المواضع تدل على أن الأشهر الجواز، لكن ذكر ابن شاس أن الأصحاب

---

(١) انظر: منح الجليل: ٤/ ٤٤٢.

نَزَّلُوا ما في "المدونة" من تجويز العقدِ بالسوقِ على سلعةٍ في البيت على مَا إذا كان في رُؤيتها مَشَقَّةٌ وَكَلَفَةٌ.

(ص): **فإن كان بمشقة جاز على الأشهر**

(ش): أي: فإن كان إمكان رؤية الغائب بمشقة، جاز بيعه على الصفة على الأشهر، وهذا كبيع الأعدال على البرنامج، وكبيع الغائب على مسافة يوم، والأشهر مذهب "المدونة" و"الموطأ"، ومقابله " مختصر ابن شعبان" منعهما.

(ص): وفيها: **ويجوز بيع الأعدال على البرنامج، بخلاف الساج المدرج وشبهه، فرق بينهما عمل الماضين وأجازهما، وذا مسافة يومٍ مرةً، ومنعهما مرة**

(ش): ذكر مسألة "المدونة" استدلالا على مَا ادَّعَاهُ من الأشهَرِ[1].

و (البرنامج): أصله بَرنَام - بفتح الباء وكسر الميم - وهي لفظةٌ فارسيةٌ استعملتها العرب، المراد منها: الدَّفترُ المكتوبُ فيه صفةُ ما في العدل.

و (الساج المدرج): طيلسانٌ مطويٌّ.

والمراد بـ (شبه الساج): الثوب المدرج في طيه.

والضمير في (أجازه) عائدٌ على مالك. والضمير في (هما) عائدٌ على الساج المدرج والبرنامج.

و (ذا) معطوف على مفعول أجاز؛ أي: وأجاز ذا مسافة يومٍ مَرَّةً، وهو قوله في "الموازية" ومنع الجميع مرة وهو قوله في "مختصر ابن شعبان".

وحاصل ما ذكره في البرنامج والساج وذي المسافة يوم ثلاثة أقوال: ويفرق في المشهور، فيجوز في البرنامج، وما على مسافة يوم، ويمنع الساج، وهو مذهب "المدونة".

فرع

ولا يُشترط في جواز البيع على الصفة أن يصفه غير البائع على ظاهر المذهب، وأخذه جماعة من "المدونة". ابن العطار: وبه العَمَلُ.

---

(١) قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة. انظر: الاستذكار: ٤٦١/٦.

وفي "الموازية" و"العتبية" اشتراط ذلك؛ لأن البائع لا يُوثَقُ بصفته؛ إذ قد يقصد الزيادة في الصفة؛ لينفق سلعته.

وذكر المتيطي أن الشيوخ اختلفوا في تأويل "المدونة" على القولين.

وجعل اللخمي وصاحب " المقدمات " ذلك شرطًا في جواز النقد.

اللخمي: ويشترط في جواز البيع على الصفة أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له.

(ص): **ثم إن صحت الصفة فلا خيار**

(ش): أي: فإن اتَّفَقَ المتبايعان وشهدت بَيِّنَةٌ عند اختلافهما بِأَنَّ المعقود عليه مُوافِقٌ للصفة التي وقع العقد عليها لزم البيعُ، ولا مقال لواحدٍ منهما. وَنَبَّهَ بِهِ على خلاف أبي حنيفة، فإنه يرى الخيارَ للمُشْتَرِي، ولو وافقت الصفة.

(ص): **والقول قول المشتري**

(ش): أي: عند تَنَازُعِهِ مع البَائِعِ، هل صِفَةُ المبيع الآن هي التي وقع عليها التعاقدُ أم لا؟ والفرقُ بينه وبين ما تقدم، مِنْ أَنَّهُ إذا انعقد على رُؤْيَةٍ متقدِّمَةٍ وَتَنَازَعَا، فالقولُ قولُ البائع على الأشهر: أنَّ البيع في مسألة الرؤيَةِ مُعَلَّقٌ على بقاء صفة المبيع، والأصل بقاؤها، فمن ادَّعَى الانتقال فهو مُدَّعٍ، وهو: المشتري بخلافِ البيع على الصفة، فإن الأصل عدمُها، وهو موافقٌ لقول المشتري[1].

(ص): **ويرجع في كونها لأهل المعرفة**

(ش): أي: إذا اتفقا على أنَّ البيعَ وَقَعَ على صفةٍ، واختلفا في المبيع، هل هو عليها أم لا؟ نظر أهل المعرفة، فإن قالوا: أنه عليها، لزمه وإلا فلا.

وانظر: هل يُكْتَفَى بواحدٍ؟ أو لا بُدَّ مِن اثنين؟ وانظُر: إذا اختلف أهلُ المعرفة.

(ص): **والأعمى يصحُّ بيعُه وشراؤه بالصفة، وقيل لا، إلا الأصلي**

(ش): ذكر الأعمى في بيع الغائب؛ لكونه لما كان لا يبصر، وإنما يشتري على الصفة شابه شراؤه شراء الشيء الغائب. والظاهر: أن الصحة في الأعمى أظهر منها في بيع الغائب على الصفة؛ لأن الأعمى أعذر؛ إذ لا يمكن في حقه إلا ذلك[2].

فإن قيل: يمكنه التوكيل. قيل: لا يمكن ذلك في كثير من الصور.

---

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣٠٧.

(٢) انظر: إرشاد السالك: ١/١٤١.

وحاصل ما ذكره المصنف فيه: أَنَّهُ إن تَقَدَّمَ منه إبصارٌ صح بيعه وشراؤه اتفاقًا فيما تحصره الصفة، وإن لم يتقدم، فقال عبد الوهاب: يصح بيعه وشراؤه.

ومنع ذلك أبو جعفر الأبهري، وهكذا نقل اللخمي.

(ع): وفي معنى من لم يتقدم له إبصار: الذي تقدمه الإبصار في سن الصغر حتى لا يتخيل الألوان. قال: وينبغي أن يكون هذا الخلاف في الصفات التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك فلا مانع.

(ص): والنقد في الغائب بغير شرط جائز

(ش): أي: وبشرط لا يجوز؛ لأنه يُؤدِّي إلى أن يكون تارةً بيعًا وتارةً سَلفًا. وكهذه المسألة في منع النقدِ بِشَرطٍ وجوازُه بِغَيْرِهِ: المبيعُ على عُهدَةِ الثلاثِ، والأَمَةُ المُتَوَاضِعَةُ، والمبيعُ على الخيار، والأرضُ المبيعةُ على المُذَارَعَةِ، ومسائِلُ الجُعْلِ، وإذا اشترط في الأجير المُعَيَّنِ والدَّابَّةِ المعينة أن يقبض منفعتهما بعد شهرٍ، وإنما جاز النقدُ مع عدم الاشتراطِ لِضَعْفِ التُّهْمَةِ.

وظاهر كلام المصنف، وهو ظاهر ما في "المدونة"، على ما نَصَّ عليه عياضٌ: إن نقد الثمن في الغائب بغير شرط جائز في كل شيء.

وذهب ابن محرز إلى أنه إنما يجوز التطوع بالمثلي من المكيل والموزون؛ لأن الغائب إن هلك أو وُجِدَ على غير الصفة، وانحلَّت العقدة رُدَّ مثله، فلم يَكُن على أحدٍ ضَرَرٌ، بخلاف السلع والرباع قد تَتَغَيَّرُ فيردها ناقصةً، فَيَضُرُّ ذلك بالبائعِ، أو تهلك فيغرمُ المشتري قيمتها، فكأن البائع يدفعها على أنه إن سلمت الصفة كانت للمشتري، وإن انحلت رَدَّ القيمة.

قال: ولو دَفَعَ العُرُوضَ على أَنَّ البَيعَ إن انحل رَدَّ مِثلَهَا جَازَ، ولو كان الثمن سكنى دارٍ لم يجز نقدها بشرطٍ ولا طوع.

وقال اللخمي: إنما يجوز النقد إذا كان الثمن مما يصح قرضه؛ لأن تعجيل الثمن بغير شرط قرض، فإن كان الثمن سُكنى دارٍ أو جاريةً أو جِزافًا فلا يصح

تعجيله. قال: فإن تطوع المشتري بالنقد في هذا لم يصح البيع، ويرجع بمثل ما دفع لا بقيمته؛ لأنه قرض؛ فاستوى فيه المكيل والموزون والعبيد والثياب.

ولو عَجَّلَ الثمن على أن يرجع بالقيمة إن لم يجد المبيع لم يجز؛ لأنه بيع وكانا يظنان أن الحكم الرجوع بالقيمة حمل على ذلك، ويرجع بالقيمة كالبيع الفاسد إذا كان

الثمن عبدًا أو ثوبًا. انتهى.

(ر): وقوله: إذا تَطَوَّعَ المُشترِي بتعجيل ذلك فسد البيعُ فيه نظرٌ، وكيف يفسد البيع بشيء وقع منفكًا عنه؟ وإنما ينبغي أن يفسد القرض خاصةً، فتأمله.

(ص): **فإن شرط في العقار وشبهه جاز وإن بعد، خلافًا لأشهب**

(ش): يعني: فإن وَقَعَ البيعُ في العَقَارِ وشِبْهِهِ جَازَ بشرط النقدِ، وإن كان بعيد الغيبة[1].

قال الباجي: وهو المشهور؛ لغلبة الأمن فيها.

ونقل الباجي عن أشهب ما نقله المصنف من أنه مَنَعَ اشتراط النقد مع البعد.

وإنما يجوز اشتراط النقد على المذهب إذا لم يشترها بصفةِ صَاحبها، كذا روى أشهب عن مالك.

ابن رشد: وهو تفسير لما في "المدونة" وغيرها.

و (العقار): بفتح العين - الجوهري -: الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار.

تنبيه

وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافًا، وأما إن بيع مُذَارَعَةً، فلا يصح النقد فيها. قاله أشهب في "العتبية"، وكذلك قال مالك: من اشترى دارًا غائبةً أو مذارعةً لم يجز النقد فيها وكذلك الحائط على عدد النخل. قال مالك في "العتبية": وضمانها من بائعها.

(ص): **وفيما قرب من الحيوان قولان**

(ش): أي: وفي جواز شرط النقد فيه قولان قال في "المدونة": ومن باع عَروضًا أو حيوانًا أو رقيقًا أو ثيابًا بعينها خاصةً، حَاضِرَةً أو قريبةَ الغيبة، مثل: يومٍ أو يومين جاز ذلك، وجاز النقد فيه بشرط. والقول فيه بالمنع لابن عبد الحكم.

(ص): **وفي قُربِهِ: خَمْسَةٌ يومٌ ويومانِ ونصفُ يومٍ وبريدٌ وبريدان**

(ش): أي: وفي حدِّ القُرْبِ، وكان ينبغي أن يَقُولَ: يوم ونحوه، فإنه كذلك رُوي عن مالك. والقول باليومين مذهب "المدونة" كما تقدم. ونصفُ اليوم نقله ابن شاس

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٢٩٣.

ولم يعزه، ولعله راجعٌ إلى البريد، والقولُ بالبريدين لمالكٍ أيضًا.

ونقل اللخمي عن ابن وهب أَنَّهُ كره النقد في الطعام، وإن كان على نصف يومٍ. قال: لأنه يُسْرَقُ وَيَفْسَدُ بالمطر، إلا أن يكون قريبًا جدًا.

(ص) وفيما قَرُبَ مِن غيرهما الجوازُ باتِّفاقٍ

(ش): أي: غير الحيوان والعقار، واتُّفِقَ هُنَا على جواز اشتراط النقد، دُونَ الحيوانِ؛ لأن الأمن في العروض أقوى منه في الحيوان.

(ر): وما ذكره من الاتفاق لا يصحُّ؛ فقد قال ابنُ رُشدٍ: وأما النقدُ في السِّلَعِ الغائبة بالشرط، فلا يجوز في بعيد الغيبة، واختلف قول مالك في قريب الغيبة.

(ص): وفي ضمان الغائب بعد العقد ثالثها: من البائع إلا أن يشترطه، ورابعها: إن كان عقارًا فمن المشتري

(ش): احترز ببعد العقد من ضمانه قبله، فهو من البائع اتفاقًا، حكاه صاحب "البيان" و"المقدمات"، وظاهر كلامه أن:

الأول - من الأربعة -: الضمان من البائع، ولو اشترطه على المشتري.

والثاني: عكسه.

والثالث: أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري.

والرابع: الفرق، ففي العقار من المشتري ولو اشترطه على البائع، وفي غير العقار من البائع، ولو اشترطه على المشتري[1].

(عُ): ولا وجود للأوَّلَين في المذهب أصلا وتَرَدُّدٌ في الرابع، قال: والذي حكاه الناس أن مالكًا قال أولا: أن الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، ثم رجع إلى العكس: أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري. وهو الذي في "المدونة".

ثُمَّ هل القولان في الرباع؟ أو الرباع من المشتري اتفاقًا؟

---

(١) إذا اشترى طعاما غائبا على الصفة والكيل فضمانه من البائع حتى يقبض اتفاقا ولا يدخله اختلاف قول مالك في ضمان الغائب لأجل ما فيه من التوفية فإن وضع الثمن على يد أمين فهلك فمن البائع ان وجد الطعام على الصفة لأنه ملكه بالعقد ولم يبق له توقيه وإلا فمن المبتاع لعدم تحقق البيع فإن تعدى البائع عليه فباعه عليه بشراء مثله توفية بالعقد وتكون مصيبة المال منه لأن إتيان مثله يقوم مقام قبض المبيع فيكون الثمن منه فإن نقده الثمن بغير شرط لا يخيره ابن القاسم بين أخذ الطعام أو الثمن لأنه كبيع الطعام قبل قبضه ويخسره أشهب لأنها إقالة ولعل ابن القاسم (تكلم على) إذا لم يعرف عداوة بقوله وأشهب إذا عرف فذلك. انظر: الذخيرة: ١٢٧/٥.

طريقان، والثانية لابن حبيب.

وألحق بالعقار أيضًا مَا قَرُبَ في أن ضمانه من المشتري باتفاق.

والصواب: أن له قولا في الرباع بأنَّ ضمانها من البائع.

وقد يجاب: بأن الأول وهو: أن الضامن من البائع مطلقًا قد أقامه اللخمي من "العتبية" فقال: واختلف على القول بأن المصيبة من البائع، وهل يجوز أن يشترطها على المشتري؟ فأجازه في "المدونة"، وقال في "العتبية": لا يجوز بيع الطعام على شرط: إن أدركته الصفة، مثل: الزرع القائم إذا يبس واستحصد، ورأى أنه بمنزلة من اشترى ما فيه عقد إجارة؛ لأن الإجارة تمنع من التصرف في الحاضر، كمنع التصرف للغيبة.

وأما الثاني على ظاهره من أنه من المشتري مطلقًا، فهو متعذر الوجود، لكن يمكن أن يقرر على أنه من المشتري إلا أن يشترط على البائع، عكس الثالث.

وأما الرابع فهو لمالك في "الموازية"، ففيها: وقال أيضًا: الديار والعقار من المشتري، وما سوى ذلك من البائع. وهذا هو الذي يُؤخذُ من كلام المصنف، لا على ما زاده (ع) فيه.

فرع

واختلف إذا لم يشترط أحدهما على الآخر الضمان، ثم أراد بأن يشترطه على الآخر بعد العقد على قولين: بالجواز والمنع.

واستشكل اشتراط نقل الضمان من أحدهما إلى الآخر، فإنه ضمان بجعل؛ لأن له حصة من الثمن.

وأجيبَ: بأنه إنما اشترط كلُّ واحدٍ منهما على الآخر ما يلزَمُه على قولٍ، وحاصله مراعاة الخلاف.

تنبيه

وهذا الخلافُ إنما هو إذا لم يكن في المبيع حقُّ توفيةٍ، وأما إن بيعت الدار مذارعةً، فالضمان من البائع بلا إشكال.

(ص): وعلى تضمين المشتري لو تنازعا فقولان؛ لتعارض أصلي السلامة، وانتفاء الضمان

(ش): أي: إذا فَرَّعنا على تضمين المشتري، فتنازعا في أن العقد هل صادفها باقيةً أو هالكةً، أو سالمةً أو معيبةً؟ فقال ابن حبيب: ضمانها من المشتري. وذكر اللخمي أنه

مثل قول ابن القاسم في "كتاب محمد " بناءً على أن الأصل السلامة إلى حين العقد.

وقال ابن القاسم في "المدونة": ضمانها من البائع.

ولو قال المشتري: لا أعلم متى فاتت، فلا يمين على المشتري، بناءً على أنَّ الأصل انتفاء الضمان عن المشتري، فلا ينتقل إلى ضمانه إلا بأمر محقق.

هكذا كان شيخنا وغيره يمشون هذا المحل، وكذلك مشاة (ر)، وهو أولى مما قاله (ع): لو تنازعا في الثمن فطلب البائع تعجيله، وطلب المشتري التأخير، فهل يكون القول قول البائع؟ ويجبر له المشتري، وهو قول أبي بكر بن عبد الرحمن، أو لا؟ وهو قول أبي عمران وابن محرز وابن القصار، وقد نَبَّهَ ابن القصار على الخلاف في ذلك، وذكر أن الصحيح من مذهب مالك ما اختاره أبو عمران، إلا أن يشترط ذلك في العقد.

واستشكل (ع) رحمه الله على ما فهمه من منشأ الخلاف المذكور، واعترض عليه أيضًا بناء على فهمه بما حاصله: أن هذا الخلاف الذي بين أبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران إنما هو في العقار، وأما في غيره فلا يلزم نقد الثمن بالاتفاق.

وقال المصنف: (وعلى تضمين المشتري)؛ لأنا لو بنينا على تضمين البائع، لكان الضمان عليه بلا إشكال.

فرع

ذكر اللخمي أن من اشترى غائبًا، فعليه أن يخرج لقبضه، ولا يكون على البائع أن يأتي به.

(ص): **ويحرم الفضلُ والنساءُ فيما يَتَّحِدُ جنسه من النقود، ومن المطعومات الربوية، فلا بد من المماثلة والمناجزة**

(ش): لما قدم الكلام على أركان البيع أتبع ذلك بشروط وموانع ليست عامةً في جميع المبيعات.

والفضل: الزيادة. والنساء - ممدودٌ مهموز -: التأخيرُ. نقله الجوهري وغيره. وحاصله: أنه إن اتحد الجنس من النقود أو من المطعومات الربوية دخل ربا التفاضل، فلا يجوز شيء منها بأكثر منه، وربا النَّساء، فلا يجوز شيء منها، ولو بمثله نسيئةً.

وقوله: (فلا بد من المماثلة)؛ أي لينتفي ربا الفضل، و(المناجزة)؛ لينتفي ربا النساء.

(ص): **ويَحْرُمُ النَّساءُ خَاصةً فيمَا يَخْتَلِفُ مِن النُّقودِ، وَمِنْ المَطْعُومَاتِ كُلِّهَا**

(ش): أي: ويحرم التأخير فقط فيما اختلف نوعه من النقود كالذهب والفضة، وفيما يختلف من المطعومات كلها؛ أي: لا يختص ربا التأخير بالربوي، بل لا يجوز طعامٌ بطعامٍ إلى أجلٍ، سواءٌ كانا ربويين أو لا.

ولا بد من إثبات (من) في قوله: (ومن المطعومات) كما فعله؛ لئلا يُتَوَّهَم تحريم النساء بين النقود والمطعومات. والأصل فيه ما ورد في مسلم عن عبادة بن الصامت، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، والمِلْحُ بِالمِلْحِ، مِثْلا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"[١].

(ص): النقود، العلة غلبتها في الثمينة، وقيل: الثمينة، وعليهما في الفلوس، ثالثها: يكره

(ش): نحوه في "الجواهر"، والمراد بالنقود: الذهب والفضة، على أي صفة كانا، مسكوكين أو مصوغين أو لا.

واختلف في العلة، فقيل: الثمينة؛ أي: مطلق الثمينة، من غير تقييد بالغلبة، وعليه فيدخل الربا في الفلوس.

وقيل: (الغلبة في الثمينة)؛ أي: كونها أصول الأثمان غالبًا، فلا تدخل الفلوس. وإلى هذا أشار بقوله: (وعليهما في الفلوس، ثالثها: يكره)؛ أي: للتوسط بين الدليلين. وجل قول مالك الكراهة فيها.

وما ذكره المصنف هنا من أن العلة هل هي الثمينة؟ أو الغلبة فيها أولى من قول من قال: إن القول بجريان الربا في الفلوس مبني على أن الربا في الذهب والفضة غير معلل، بل معلق بما يسمى ذهبًا أو فضة؛ لأن المازري أنكره، ونقل اتفاق الفقهاء على تعليل الحكم هنا، وإنما اختلفوا في العلة.

(ص): والمفارقة اختيارًا تمنعُ المُنَاجَزَةَ، وقيل: إلا القريبة

(ش): والمشهور هو الأول، وقد قال مالك في "المدونة" في الذي يصرف دينارًا من صيرفيٍّ فيدخله تابوته، ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني. وإذا قال هذا في هذا التأخير اليسير، فما بالك بغيره؟

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢١٣٤) من حديث عمر بن الخطاب، وأخرجه مسلم، برقم (١٥٨٨).

وقيل: (إلا القريبة)، وليس هذا القول على إطلاقه، بل مقيد بما إذا كانت المفارقة القريبة بسبب يعود بالصلاح على العقد، كما لو فارقه الحانوت والحانوتين؛ لتقليب ما أخذه أو زنته. وهو مذهب " الموازية" و"العتبية"، وحمله اللخمي على الخلاف كالمصنف[١].

وتأوله صاحب " البيان " على الوفاق، فقال: وقد قيل إن ما في "العتبية" مخالف لـ"المدونة" وليس هو عندي خلافا؛ لأنهما في مسألة "المدونة"، فأما بعد عقد التصارف وقبل قبض التقابض من مجلس إلى مجلس فلا ضرورة تدعو إلى ذلك.

ومسألة "العتبية" إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة.

(ص) وفي الغلبة قولان

(ش): أي: وفي الفرقة الواقعة بين المتصارفين بسبب الغلبة من أحدهما، أو من غيرهما قولان[٢]:

أحدهما: أنها كالمصارفة اختيارًا فيفسد.

الثاني: أنها لا تفسد.

الباجي: والظاهر من المذهب فساد العقد إذا غلب أحدهما على الفرقة.

والقول بعدم الفساد لمالك في "الموازية" و"العتبية"، ففيها: إذا اشترى قومٌ قلادة من ذهب، وفيها لؤلؤ، فلم ينتقدوا حتى فصلت القلادة، وتقاوموا اللؤلؤ وباعوا الذهب، ثم أرادوا نقض البيع؛ لتأخير النقد، قال: لا ينتقض ذلك؛ لأنه باع على النقد، ولم يرتض بتأخيره، وإنما هو رجل مغلوب.

وتأوَّل أبو بكر بن عبد الرحمن هذه الرواية على أن الذهب فيها يسير تابع

---

(١) قال مالك في المدونة: في الذي يصرف دينارا من صيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم لا يعجبني، وإذا قال هذا في التأخير اليسير فما بالك بغيره قوله: "وقيل إلا القريبة" ليس هذا القول على إطلاقه بل مقيدة بما إذا كانت المفارقة القريبة بسبب يعود بإصلاح على العقد كما لو فارق الحانوت والحانوتين لتقليب ما أخذه أو زنته، وهذا مذهب الموازية والعتبية، وحمله المصنف كاللخمي على الخلاف، وتأوله صاحب البيان على الوفاق فقال: وقد قيل إن ما في العتبية مخالف لما في المدونة، وليس هو عندي خلافا؛ لأنهما في مسألة المدونة بعد عقد التعارف وقبل التقابض من مجلس ولا ضرورة تدعو إلى ذلك ومسألة إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة انتهى. انظر: مواهب الجليل: ٦/١٢٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٢٩٤.

للحجارة، وأما إن كانت الحجارة يسيرة والذهب كثيرًا، فيفسخ البيع.

ابن يونس: وفيه نظر؛ لأنه لو كانت العلة ما ذكر لبينها مالك وابن القاسم. إنما لم يبطله مالك؛ لأن البائع مغلوب كما ذكر، واتهم المشتري على قصد البطلان، فعوقب بنقيض قصده.

(ع): والنفس أميل إلى عدم الفساد.

وذكر اللخمي الخلاف في الغلبة، سواءٌ غلبا معًا، أو غلب أحدهما.

وجعل ابن شاس ذلك خلافًا مركبًا، هل يصح إذا غلبا معًا أم لا؟ وعلى البطلان فيما إذا غلبا، فهل يبطل إذا غلب أحدهما؟

قولان: قال: والصحيح في الصورتين هو اختيار القاضي أبي بكر.

(ص): **فلو وكل فقولان**

(ش): هذه المسألة وقعت في بعض النسخ؛ أي: وكل على القبض، وهو حاضر، ولا إشكال في الجواز إذا وكله على العقد والقبض، كما لو تولاهما بنفسه، وأما إذا تولى أحدهما، ووكل على الآخر، ولم يغب، وليس فيها إلا أن العاقد غير القابض، فذكر المصنف قولين، وظاهرهما: الجواز والمنع، وأضاف المازري إلى ابن القاسم أنه قال: لا خير فيه.

قال: وأمضاه أشهب إن وقع، وقال: يفسخ إذا افترقا قبل قبض الوكيل.

وقال ابن وهب: لا بأس به.

قال: وبعض الأشياخ يضيف لابن القاسم أن من شرط صحة الصرف كون العاقد هو القابض، وغيره، إنما يشترط في صحة الصرف حصول التقابض على الفور فقط من غير اعتبار كون العاقد هو القابض.

(ص): **ولو وكل في القبض وغاب، فالمشهور المنع**

(ش): يعني: فلو صارفه، وبعد انعقاد الصرف وكل أحدهما ثالثًا على قبض ما وجب له وغاب فالمشهور المنع.

(ع): وهو ظاهر الروايات ونص عليه أشهب.

وحمل اللخمي ما وقع في المذهب من المنع على الكراهة، وهو وإن كان ظاهرًا من جهة الدليل؛ لأن المناجزة المطلوبة قد حصلت، ولم يقم الدليل على اشتراط اتحاد العاقد والقابض، لكن ظاهر الروايات يأباه.

قال المازري: ولا خلاف في المذهب منصوص في النهي عن ذلك وفسخه إن وقع، لكن كلام بعض أشياخي يحمل النص عن ذلك على الكراهة، وعلى هذا فمقابل المشهور من كلام المصنف هو فهم اللخمي. والله أعلم.

(ص): **وفي غيبة المشهور المنع**

(ش): يمكن حمله على مسألة التسلف، ويرد هذا الوجه؛ لأن هذه المسألة ستأتي، وحمله (ع) على أن المجرور معطوف على المجرور في الكلام الأول؛ أي: ولو وكل في غيبة النقد. قال: ولكن ذكره للأولى مغنٍ عن هذه؛ لأنه إذا امتنع التوكيل مع حضور النقد على المشهور، فأحرى مع غيبته.

(ع): ولا يصح حملها على الوديعة؛ لأنه سيتكلم عليها بعد ذلك.

وحملها بعضهم على أنها قاعدة لما بعدها من الفروع المشتملة على غيبة النقد. ورد بأن الفروع التي بعده مختلفة في المشهور كما سيأتي.

والأقرب هنا ما قاله بعضهم من حمله على ما إذا كان النقد غائبًا عن موضع العقد غيبة قريبة كداره وحانوته، وفيها قولان - كما ذكر - مشهورهما المنع.

ورد: بأن مذهب "المدونة" في هذا الكراهة، ففيها: وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته، أو يخلطه ثم يخرج الدراهم، ولكن يدعه حتى يزن الدراهم فيأخذ ويعطي.

وقد يقال: البُعدُ في الدار والحانوت أكثر من البُعدِ في إدخال الصيرفي الدينار في التابوت، فلا يكون ما في "المدونة" مخالفًا.

(ص): **وفي المواعدة مشهورها المنع**

(ش): أي: وفي المواعدة على الصرف ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع، والكراهة.

(ر): والمنع ظاهر المذهب. (ع): وهو المشهور؛ لأن فيها: ولو قال له المبتاع: اذهب إلى السوق بدراهمك، فإن كانت جيادًا أخذتها منك كذا وكذا درهمًا بدينارٍ لم يجز، ولكن يسير معه على غير مواعدةٍ.

(ر): وهو عندي نص في المنع. وكذا قال ابن بشير: الكراهة محمولة على "المدونة"، وظاهرها: المنع.

ونسب اللخمي الكراهة لمالك وابن القاسم، - وصرح المازري بأنها المشهور من المذهب - والجواز لابن نافع وابن عبد الحكم، والمنع لأصبغ، قال أصبغ: ويفسخ إن

وقع. وقاله ابن القاسم في سماع أصبغ. وقال في سماع يحيى: إن وقع لم يفسخ.

اللخمي: ورأى أصبغ أن الصرف فاسد، وقاسه على المواعدة في العدة؛ لأن كليهما مبايعة.

واستبعد (غ): التحريم.

واستحسن اللخمي الجواز، وفرق بين هذه والعدة، بأن المعتدة إنما منعت مواعدتها خيفة أن تكون حاملا؛ حفظًا للأنساب.

وأجاز ابن مناسٍ هنا التعريض، وهو صحيحٌ؛ لأنه إذا جاز التعريض في النكاح، فهو هنا أولى.

(ص): والتأخير كثيرًا كالمفارقة

(ش): يعني: أن طول المجلس بعد التعاقد، وقبل التقابض كالمفارقة بالأبدان في إفساد الصرف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "إِلا هَاءَ وَهَاءَ"(١).

(ص): وفي الخيار المشهور المنع

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٣٤) ومسلم برقم (١٥٨٤) كلاهما من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن بطال: قال ابن المنذر: وبيع ما ليس عندك يحتمل معنيين: يحتمل أن يقول: أبيعك عبدا لي أو دارا مغيبة عنى في وقت البيع، فلعل الدار أن تتلف أو لا يرضاها، وهذا يشبه بيع الغرر، ويحتمل أن يقول: أبيعك هذه الدار بكذا على أن أشتريها لك من صاحبها، أو على أن يسلمها لك صاحبها، وهذا مفسوخ على كل حال، لأنه غرر، إذ قد يجوز أن لا يقدر على تلك السلعة، أو لا يسلمها إليه مالكها، وهذا أصح القولين عندي، لأني لا أعلمهم يختلفون أنه يجوز أن أبيع جارية رآها المشتري ثم غابت عني وتوارت بجدار وعقدنا البيع ثم عادت إلي، فإذا أجاز الجميع هذا البيع لم يكن فرق بين أن تغيب عني بجدار أو تكون بيني وبينها مسافة وقت عقد البيع. وقال غيره: ومن بيع ما ليس عندك العينة، وهي ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، كأن رجلا سأل رجلا أن يسلفه دراهم بدراهم أكثر منها فقال له: هذا لا يحل، ولكن أبيعك في الدراهم التي سألتني سلعة كذا ليست عندى، أبتاعها لك فبكم تشتريها مني؟ فيوافقه على الثمن يبتاعها ويسلمها إليه، فهذه العينة المكروهة، وهي بيع ما ليس عندك وبيع ما لم تقبضه، فإن وقع هذا البيع فسخ عند مالك في مشهور مذهبه وعند جماعة العلماء، وقيل للبائع: إن أعطيت السلعة لمبتاعها منك بما اشتريتها جاز ذلك، وكأنك إنما أسلفته الثمن الذي ابتاعها به. وقد روي عن مالك أنه لا يفسخ البيع، لأن المأمور كان ضامنا للسلعة لو هلكت. قال ابن القاسم: وأحب إلي لو تورع عن أخذ ما ازداده عليه. وقال عيسى بن دينار: بل يفسخ البيع إلا أن تفوت السلعة، فتكون فيها القيمة، وعلى هذا سائر العلماء بالحجاز والعراق.

(ش): أي: المشهور منع عقد الصرف على خيار، والشاذ الإجازة، وهو لمالك في "الموازية"؛ لأن فيها في رجل اشترى سواري ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما إلى أهله، فإن رضوهما رجع فاستوجبها، قال: أرجُو أن يكون هذا خفيفًا[١].

محمد وغيره: هذا من قول مالك أحب إلينا.

الباجي: وتحتمل هذه الرواية أن يكون أرادَ بها المواعدة، وتقدير الثمن دون عقد، ولذلك قال: إن رضيهما أهله رجع فاستجوبها، فذكر أن الإيجاب لم يقع بعد، وإنما ذلك كان على سبيل تقدير الثمن إن رضيهما أهله.

المازري: وهذه الرواية وإن كان فيها احتمالٌ، لكن ما نقله ابن شعبان من اختلاف قول مالك بالإجازه، والمنع عليه يعول في نقل الخلاف في المذهب.

وصرح الباجي والمازري بالمشهور كالمصنف، وبنى المازري الخلاف على الخلاف المعلوم في عقد الخيار، هل هو منحل أو منبرم؟ وهكذا حكى ابن شاس هذا الخلاف.

وقال في "المقدمات": لا خلاف أن الصرف فاسد، سواء كانا جميعًا بالخيار أو أحدهما؛ لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار.

(ص): والصرف في الذمة وصرف الدَّيْنِ الحال يصحُّ خلافًا لأشهب

(ش): قال شيخنا رحمه الله إن جعلنا قوله: (الصرف في الذمة)، ترجمةً كما يقعُ في بعض النُّسَخِ فلا إشكال، وإن أثبتنا الواو فصرف ما في الذمة يُطَارِحُ ما في الذمتين، وهو: أن يكون لواحد على آخر دينارٌ، وللآخر عليه درهم، فيصارفان ما في ذمتيهما. وصرفُ الدين الحال إذا كان في الذمة من جهة واحدة فالمعروف من المذهب جوازه.

قال في "الجواهر": وحكى المتأخرون عن أشهب الإبطال فيه، ومقتضى كلام المصنف أن أشهب رحمه الله تعالى يخالف في المسألتين.

وبذلك صرح (ر) وهو ظاهر؛ لأنه إذا منع أشهب فيما إذا كان الدين من أحدهما فأحرى إذا كان من جهتهما، وقد نقل في "الإكمال " عن مالك وأصحابه جواز المسألتين؛ أعني: إذا تصارفا ما في ذمتيهما أو في ذمة أحدهما.

وهكذا مشى (ر) وغيره هذا الموضع، وهو الذي يؤخذ من كلامه في "الجواهر"،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٢٨.

وَطَوَّلَ (عُ) ها هنا بما ليس كبير فائدةٍ للفقيه فيه.

(ص): **والمؤجل المشهور المنع**

(ش): أي: وصرفُ الدَّينِ غيرِ الحال يمتنعُ على المشهور، بناءً على أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفًا، وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه، فلم يحصل التناجز[1].

وعلى الشاذ بالبراءة يجوز الصرف هنا.

(ص): **وإذا تَسَلَّفَا أو أحدُهما وَطَالَ بَطَلَ اتِّفَاقًا وإن لم يَطُل صَحَّ، خلافًا لأشهب**

(ش): هذه المسألة يلقبونها بالصرف على الذمة، قال في "التهذيب": وإن اشتريت من رجل عشرين درهمًا بدينار، وأنتما في مجلسٍ واحدٍ، ثم استقرضت أنت دينارًا من رجل إلى جانبك، واستقرض هو الدراهم من رجل إلى جانبه، فدفعت إليه الدينار، وقبضت الدراهم، فلا خير فيه، ولو كانت الدراهم معه، واستقرضت أنت الدينار فإن كان أمرًا قريبًا كحل الصرة، ولا تعبث وراءه، ولا تقوم لذلك جاز. ولم يجزه أشهب.

والحاصل منه: أنهما إن تسلفا، فَاتَّفَقَ ابنُ القَاسِمِ وأشهبُ عَلَى الفساد؛ لأن تسلفهما مظنة للطول، فلا يجوز وإن لم يَطُل؛ لأن التعليل بالمظنة لا يختلف الحكم فيه عند تخلف العلة كالقصر في الصلاة للملك، وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك، وإن لم يطل، فالخلاف وعلى هذا، ففي كلام المصنف مناقشة لإيهامه أن خلاف أشهب جار في تسلفهما معًا، إلا أن يجعل قوله: وطال قيدًا في تسلف أحدهما.

واختلف الشيوخ هل الخلاف في تسلف أحدهما مقيد بما إذا لم يعلم الذي عقد على ما عنده، أن الآخر عقد على ما ليس عنده؟ وأما إن علم بذلك فيتفق على البطلان، أو الخلاف مطلقًا، علم أو لم يعلم، على طريقين حكاهما المازري.

(ص): **والمغصوب الغائب إن كان مصوغًا فالمشهور المنع**

(ش): وجه المشهور: أنه متعين، فيقع الصرف من غير قبضٍ في الحال. ووجه الجواز: كونه في الذمة؛ فأشبه الحاضر، هذا معنى كلام المصنف[2].

(ع): وقال غيره: إن علم وجود المغصوب حين التعاقد، فالقولان: وهما جاريان على صرف الوديعة الغائبة عن موضع التعاقد، وإن لم يعلم وجوده حينئذٍ، فلا تجوز المصارفة عليه؛ لاحتمال أن يكون قد تلف، فتلزم الغاصب القيمة والمصارفة بجنسها،

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٦٦.

(٢) انظر: الكافي: ١/ ٣٠٩.

فيؤدي إلى التفاضل.

(ص): **فإن ذهب فعلى خلاف صرف الدين؛ لأنه يضمن قيمته أو زنته**

(**ش**): أي: فإن ذهب هذا المصوغ، ووجب ضمانه على الغاصب جازت المصارفة عليه حينئذٍ على المشهور في جواز صرف ما في الذمة، ثم ينظر فيما يتعلق بذمة الغاصب هل قيمته أو مثله؟

والمشهور القيمة بناء على أن الشيء إذا كان مثليًا، ثم دخلت فيه صنعة هل يصير من المقومات؟ أو من المثليات كالغزل؟

قال شيخنا رحمه الله: وصرفه على كل من القولين مشكل؛ لأنا إذا قلنا بالقيمة، فقد يكون وزنه خمسة دنانير، ويساوي الآن مائة وعشرين لصنعته، وصرف الدينار عشرين، فيأخذ ستة عن خمسة، وهو ربا فضلٍ ونساءٍ.

وإن قلنا بأخذ مثله كسورًا مثلا، فإنه يأخذ عن ذهب فضة أو بالعكس، وذلك صرف مستأخر، ودليله: أنهم قالوا فيمن استهلك طعامًا، فلا يأخذ عنه طعامًا من غير جنسه؛ إذ هو طعام بطعام إلى أجل، فاعرفه.

(ص): **فإن بقي على حال خيار أخذ العين أو التضمين، فعلى خلاف إحضار العين وخلاف صرف الدين**

(**ش**): أي: فإن لم تذهب عينه بالكلية، ولكنه تَعَيَّبَ عَيْبًا يُوجِبُ لصاحبه الخيارَ في أخذه أو تضمينه للغاصب، فإن اختار أخذه فإن أحضره، ثم صارفه عليه جاز اتِّفَاقًا، وإن لم يحضره، فالمشهور المنع، وإن اختار القيمة، فهي دين له في ذمة الغاصب، فإن أراد مصارفته عليها جاز على المشهور[1].

وقال في "الجواهر": والمشهور جار على أن من خُيّرَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ لا يُعَدَّ مُتَنَقِّلا، بل يعد كأنه لم يستحق غير ما اختار، وأما إن عددناه متنقلا، فلا يجوز صرف أحدهما.

(ص): **فإن كان مَسكُوكًا فالمشهورُ: الجوازُ**

(**ش**): هذا قسيم قوله: (مصوغًا)؛ أي: فإن كان المغصوب مسكوكًا، فالمشهور جواز صرفه، وفي معناه: ما لا يُعرفُ بعينه من المسكوك والتبر.

(ص): **قال الباجي: بناءً على أن النقود لا تتعين**

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٧٩.

(ش): أي: أنَّ الباجي أجرى القولَين في إجازةِ الصَّرفِ ومنعه على القولين في أنَّ الدنانير والدواهم هل تتعين أم لا؟ فمن رأى عدم التعيين أجاز؛ لأنها حينئذٍ تتعلق بالذمة، وإبراؤه منها قبض. وإن قلنا: تتعين امتنع كما في المصوغ.

(ص): وَرَدَّه ابن بشير بأنَّ المشهور أنها تتعين، وبالاتفاق في ذوي الشبهات

(ش): أي: وردَّ ابن بشير كلام الباجي بوجهين:

أحدهما: أن الدنانير والدراهم في الصرف تتعين على المشهور، فكيف ينبني المشهور على الشاذ؟

والثاني: أنهم اتفقوا على أنها تتعين بالنسبة إلى ما كان ماله حرامًا، أو كان في ماله شبهة، فإذا كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام، أو فيه شبهة، مُكِّنَ من ذلكَ بِاتِّفَاقٍ.

ويكون وجه الرد على الباجي من هذا الوجه: أنه بنى المشهور على وجه اتفق على عدمه، ونبه المصنف بالأدنى، وهو ذو شبهة على الأعلى، وهو: من كان ماله حرامًا.

وما حكاه المصنف عن ابن بشير تبع فيه ابن شاس، وليس هو في تنبيهه، ولعلهما اطلعا على ذلك في غيره، وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب: ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها، وأراد أخذها، فأبى الغاصب أن يردها، وأراد رد مثلها، فذلك للغاصب دون رب المال. قاله ابن القاسم.

فائدة

الدنانير والدراهم تتعين في ذوي الشبهات على المشهور. قاله (عُ).

وتتعين في باب الصرف على المشهور؛ حرصًا على طلب المناجزة، نقله ابن بشير، وكذلك نقل صاحب " المقدمات"، فقال: مذهب مالك وجمهور أصحابه، في الصرف أنها إن عُيِّنَتْ تَعَيَّنَتْ، وَإِنْ لَمْ تُعَيَّن، فإنها تَتَعَيَّنْ، إما بالقبض، وإما بالمفارقة.

وحكى المازري الاتفاق على أنها تتعين بالمفارقة[1].

---

(١) وإن حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشتري ولم يعلم به البائع إلا بعدها فله رده به (إلا) الإقالة (في الطعام) قبل قبضه فليس لها حكمه إن وقعت بمثل الثمن الأول فإن وقعت بزيادة أو نقص عنه فبيع مؤتنف (و) إلا الإقالة في (الشفعة) أي الأخذ بها فليست بيعا مطلقا ولا حلا مطلقا، وإنما هي بيع في الجملة، وحل في الجملة لأنها لو كانت بيعا مطلقا لخير الشفيع في =

وقال ابن القصار: الظاهر من المذهب أنها لا تتعين.

المازري: وفي كونه الأظهر نظر؛ لأن في "المدونة" مَا يَدُلُّ على اختلاف قول ابن القاسم في هذا، ففي السلم أنها لا تتعين؛ لأن فيه: وإن أسلمت إليه في طعام أو غيره، ثم أقالك قبل التفرق، ودراهمك في يده، فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له، وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها.

وفي كتاب كراء الرواحل: من اكترى بدنانير معينة، ولم يشترط النقد ولا كانت العادة النقد، فإن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف. وقال أشهب: لا يفتقر إلى هذا الشرط، والحكم يوجب الخلف. فهذا من قول ابن القاسم ذهابًا إلى أنها تتعين؛ لأنه لم يلزم خلفها إذا ضاعت إلا بالاشتراط.

وبعض أشياخي يشير إلى أن المذهب على ثلاثة أقوال:

التعيين وعدمه والثالث: تتعين في جانب المشتري دون البائع. فالأولان مبنيان على الخلاف في الوفاء باشتراط ما لا يفيد.

ورأى في الثالث أن المشتري إذا اشترط التعيين كان له غرض صحيح في اشتراط تعيينها؛ لأنه يمكن أن لا يكون عنده سواها، فيشترط تعيينها؛ لئلا يتكلف خلفها إن ضاعت، بخلاف البائع، فإنه لا يظهر لاشتراطه فائدة. انتهى.

(ص) وعلله بأن الأصل تعلقها بالذمة ولا تعرف بعينها

(ش): لما رد ابن بُشير توجيه الباجي ذكر هو توجيهها، حاصله: أَنَّا وإِنْ قُلنَا: إنها تتعين، فهي مضمونة بوضع اليد عليها ولا تعرف بعينها، وإذا كانت مضمونة ولا تعرف بعينها شابهت الدين، والمشهور جواز صرفه.

ولا يريد ابن بشير أن كل واحد منهما علة مستقلة، وإلا لزم جوازُ صرفِ المصوغ؛ لتعلقه بالذمة بوضع اليد.

(ص): والرهنُ والعاريةُ والوديعةُ والمستأجرُ إن كان مصوغًا، فكالمغصوب، وإن

=

الأخذ بالبيع الأول أو الثاني، ويكتب عهدته على من أخذ ببيعه مع أنه إنما يأخذ بالبيع الأول، ولو كانت حلا مطلقا لسقطت بها الشفعة فهي بيع في الجملة لثبوت الشفعة، وحل في الجملة لتعين الأخذ بالأول ولم تكن حلا حقيقيا مسقطا للشفعة لاتهامهما على التحيل على إسقاط الشفعة بها قاله عج وقال " د ": ظاهر المصنف أنها حين الأخذ بالشفعة صحيحة، ولكن لا تعد بيعا وليس كذلك، بل هي حينئذ باطلة لا عبرة بها. انظر: منح الجليل: ٦/٨٤.

كان مسكوكًا، فالمشهور المنع

(ش): قوله: (فكالمغصوب)؛ يعني: إما أن يبقى على حاله، أو يتلف، أو يبقى على حال خيار، كما في المغصوب، غير أن الوديعة لا ضمان فيها، وكذلك المستأجر، فمعنى (كالمغصوب): أنه إن كان حاضرًا جاز، وإن كان غائبًا، فالمشهور المنع، وإن وجبت القيمة، جاز على المشهور.

قوله: (وإن كان)؛ أي: الغائب مسكوكًا، فالمشهور المنع. والفرق بين هذه المواضع والمغصوب: أنه في هذه غير متعلق بالذمة، ولم يزل على ملك ربه، والمغصوب قد تعلق بذمة الغاصب بوضع يد العدى عليه، فلذلك تعاكس المشهور.

وظاهر قوله: إن كان مسكوكًا، يقتضي أن المسكوك يتصور فيه الإجارةُ والعارية، وقد قال المصنف في الإجارة: والمشهور منع إجارتها. وقيل: إن لازمها ربها صح.

وقال في العارية: لا تصح إعارة الدنانير والدراهم، وإن إعارتها قرض.

وقد يجاب عنه: بأن هذا من صرف الكلام لما يصلح له، وحذف ذلك للعلم به، ولما سيأتي، وشهرته عند طلبه العلم به.

وكلامه في "الجواهر " أحسن من كلام المصنف؛ لأنه لا يرد عليه هذا؛ لأنه قال - بعد ذكر مسائل -: المسألة الرابعة: صرفُ المرهون، فإن كان مصوغًا، ففيه قولان: المنع حتى يحضر. والجواز نظرًا إلى إمكان التعلق بالذمة. وإن كان مسكوكًا، فأجازه في رواية محمد ومنعه ابن القاسم، والجواز لإحدى علتين: حصول المناجزة بالقبول، والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة، فأشبه المغصوب؛ إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة على تلفه، وقولان إن قامت.

والمنع نظرًا إلى الحال وهو على ملك ربه، وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبه صرف الغائب.

الخامسة: صرف الوديعة، وفي الكتاب: المنع منه. وروى أشهب الجواز في المسكوك منها، واختلف في تعليله على طريقين:

أحدهما: أنه مبني على أن يعقد المودع السلف ثم يصارف. قاله الباجي قال: ويجب على هذا أن لا يجوز في الحلي اتفاقًا.

والطريق الثاني: النظر إلى حصول المناجزة بكمال القول والشيء تحت يده، فعلى هذا يجري الخلاف في المصوغ، وقد ظهر تعليل المنع مما قدمناه في المرهون.

فرعان

أحدهما: العارية وحكمها حكم الرهن. قاله الباجي. قال بعض المتأخرين: وهو ظاهر.

الثاني: المستأجر، وحكمه حكم الوديعة. انتهى كلامه في "الجواهر".

(ص): **والصرف على التصديق في الوزن والصفة ممتنع خلافًا لأشهب**

(**ش**): أي: إذا تصارفا وصدق أحدهما، أو كل منهما الآخر في الوزن، أو **الصفة** فالمشهور المنع، وعلل بمراعاة الطوارئ؛ إذ يحتمل أن يوجد على غير تلك الصفة، فيصير العقد مترقبًا حله[1].

وما عزاه **لأشهب** تبع فيه اللخمي والمازري، وعزا صاحب " البيان " إليه المنع.

ووجه الجواز: أن النفوس مجبولة على حب المال، فلا يصدق المخبر إلا إذا كان من أهل الدين، أو قامت قرينة، فلا يتهم على تضييع حق الله تعالى.

ومثل هذا تبادل الطامعين، فإنَّ ابن القاسم منعه على التصديق، وحكى عنه الإجازة في الطعامين دون الصرف. وعلى جواز التصديق في الصرف يجوز في تبادل الطامعين أولى.

ومنعه ابن نافع في تبادل الطعامين، فأحرى في الصرف.

فائدة

قال بعضهم: لا يصدق في الكيل والوزن في مسائل المبادلة، فلا يصدق فيها في وزنٍ ولا عَدَدٍ؛ لئلا يوجد نقص فيه، فيدخله التفاضل والتأخير، والطعام الربوي بجنسه أيضًا، والقرض؛ لئلا يوجد نقص، فيلتزمه المقترض عوضًا عن مقرضه فيجر نفعًا، والطعام المبيع إلى أجل؛ لئلا يلتزم النقص؛ لأجل تأخيره، ورأس مال السلم، والمستعجل قبل أجله والصرف.

(ص): **ونقص المقدار بالحضرة إن رضي به أو بإتمامه ناجزًا صَحَّ**

(**ش**): لما قدم الكلام على الافتراق أتبعه بما يطرأ على العقد من نقص أو استحقاق.

والباء في (بالحضرة) للظرفية، والمجرور في محل حال، وتقدير كلامه: إن رضي

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٢٩.

الآخذ بالنقص، أو رضي الدافع بإتمامه، فحذف رضي من الثاني؛ لدلالة الأول عليه، فهو من عطف الجمل، لا من عطف المفردات.

وقوله: (ناجزًا) من تمام الثانية. ويدل على محذوف مثله في الأولى.

(ص): **إن لم يرض وكان غير معين أجبر الممتنع، وفي المعين قولان**

(**ش**): أي: وإن لم يرض الدافع بالإتمام ولا الآخذ بالنقص، فإن كان العقد وقع على دنانير، أو دراهم غير معينة أجبر من امتنع منهما على إتمام ما دخلا عليه.

واختلف هل يجبر الممتنع إن دخلا معين، ولعل سببهما الخلاف في الدنانير والدراهم، هل تتعين بالتعيين أم لا؟

(ص): **وإن كان بعد المفارقة أو الطول، فإن قام به انتقض على المنصوص كتأخير البعض، وإن لم يقم فثالثها: إن كان قليلا صح**

(**ش**): يعني: فإن وجد نقص المقدار بعد افتراقهما من المجلس، أو بعد طوله، فإن قام به وأخذ النقص، فحكى الباجي والمازري: أنه لا خلاف في نقض الصرف.

وأجرى ابن شاس فيه قولا بالصحة من الشاذ في تأخير البعض، بل هنا أولى؛ لعدم الدخول عليه.

واعلم أن تأخير البعض له صور:

الأولى أن يقع بشرط، ففي "المقدمات": الاتفاق على بطلان الجميع.

وخرج ابن القصار قولا بإمضاء المتناجز فيه من أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالا وحرامًا، وذكره اللخمي قولا صريحًا.

الثانية: أن يدخلا على الجميع، ثم يؤخر شيئًا، ففي "المقدمات": ينتقض الصرف فيما وقع فيه التأخير باتفاق، وإن كان درهمًا انتقض صرف الدينار ما بينه وبين أن يكون الذي وقع فيه التأخير أكثر من صرف دينار، فينتقض صرف دينار آخر، ثم كذلك.

واختلفت فيما وقعت فيه المناجزة، فمذهب ابن القاسم في "المدونة" بطلانه.

وهو قول محمد، ولابن القاسم في "الموازية" قول بصحته.

وخص المازري وابن بشير هذا الخلاف، فيما إذا كان المؤخر أقل الصفقة.

وأما إن كان أكثر، فينتقض بالاتفاق إلا ما خرجه ابن القصار.

وجعل ابن بشير النصف كالكثير في الاتفاق عليه.

وقال المازري: المعلوم من المذهب قلة النصف في العروض، وأما في الطعام

فالنصف فيه عند ابن القاسم في حكم الكثير.

قال أشهب: الطعام كالعروض. وظاهر ما قاله في "المدونة": إن النصف في الدنانير والدراهم في حكم القليل؛ لقوله فيمن صرف مائة دينار بألف درهم، فلم يجد إلا خمسين: أن الصرف ينتقض، بخلاف ما لو وجد الخمسين زيوفًا، فإنه إنما ينتقض بقدرها؛ لكون الزيوف لا تُفسدُ الصرف بوجودها. انتهى.

الصورة الثالثة: أن ينعقد الصرف بينهما على المناجزة، فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليه بنسيان، أو غلط أو سرقة من الصراف، أو ما أشبه ذلك مما يغلبان عليه، فيمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز، ولا ينتقض باتفاق.

ابن رشد: واختلف - هل ينتقض فيما حصل فيه التأخير إن تجاوز النقصان؟ مثل أن يصرف منه دينارًا بدراهم، فيجد في الدراهم درهمًا ناقصًا، فيقول: أنا أتجاوزه؛ لئلا ينتقض من الصرف شيء - على قولين:

أحدهما: أن ذلك لا يجوز، وينتقض من الصرف صرف دينار، إلا أن يزيد النقص، فينتقض ديناران.

والثاني: أن الصرف يجوز، ولا ينتقض منه شيء، إن تجاوز النقصان، كالزائف إذا رضي به.

قوله: (وإن لم يقم)؛ أي: وإن رضي الآخذ بالنقص، ولم يقم به، فحكى المصنف تبعًا للمازري، وابن رشد ثلاثة أقوال - المازري: وهي روايات -:

الأولى: يفسخ جميع الصرف؛ لكون الفساد قد دخل بعضه، فيسري إلى كله.

والرواية الثانية: أنه يمكن من ذلك، ولا يفسخ ما تناجزا فيه، كما يمكن من الرضا بالزيوف.

والثالثة: تمكينه من ذلك إن كان النقص يسيرًا، والمنع منه إن كان كثيرًا.

(ع): وأكثرهم على أنه لا يفسخ.

(خ): والأقرب الثالث؛ لأنه هو الذي تسمح به النفوس، والمشهور جواز العدد مطلقًا، لكن بشرط أن يكون النقص في الوزن، وأما إن كان النقص في العدد، فإنه لا يجوز الرضا على المشهور.

(ص): والقليل: ما تختلف به الموازين، وقيل: دانق في دينار ودرهم في مائة

(ش): هذا فرع على القول الثالث، وجعل صاحب " المقدمات " اختلاف

الموازين توفيقًا بين قولي ابن القاسم، فإنه روي عنه اعتبار الدانق والدانقين مرة، وعدم اعتباره مرة، وأنه رأى في الأولى أن ذلك القدر مما تختلف به الموازين، وفي الثانية مما لا تختلف به، وأنه لا خلاف في اغتفار ما تختلف به الموازين.

قال شيخنا رحمه الله: وليس المراد بالدانق في القول الثاني ما سيأتي: وهو السدس، بل الدانق في اصطلاح الحساب من الدينار أربعة وعشرون قيراطًا، وكل قيراط أربعة دوانق، فيكون الدانق جزءًا من ستة وتسعين جزءًا؛ ليكون مناسبًا للدرهم في مائة.

وتبع في قوله: (ودرهم في مائة) ابن شاس، والمنقول إنما هو: الدرهم في الألف.

وروى أصبغ عن ابن القاسم في "الموازية": إن نقصت الألف درهم مثل الدرهم فهو خفيف.

والدانق - بفتح النون وكسرها - الجوهري: وربما قالوا: داناق.

(ص): **نقص الصفة إن كان كالرصاص فكالمقدار على الأظهر**

(**ش**): لما كان النقص قسمين: نقص مقدار، ونقص صفة، وتكلم على نقص المقدار، أتبعه بالكلام على نقص الصفة، وإدخاله ما كان كالرصاص في نقص الصفة فيه تجوز، والعلاقة المشابهة، فإنه شابه الزائف في وجوده حسًّا، والقولان للمتأخرين. قاله ابن بشير[1].

وقوله: (كالمقدار)؛ أي: فإن رضي به أو بإتمامه ناجزًا صح، إلى آخر التفصيل ووجه الأظهر: أن وجود هذا كعدمه، ورأى مقابله أن هذا مقبوض، وكونه لا قيمة له لا يضر كما في المغشوش.

(ص): **وإن كان مغشوشًا فإن رضي به صح**

(**ش**): كالمعاين بمصر، وتسميه المغاربة: النحاس، وهو في "المدونة": الستوق.

الباجي والمازري: ولا خلاف فيه؛ لأن القبض في المقدار المعقود عليه حصل، وإنما وقع النقص في صفته، فله الرضا به كسائر العيوب.

(ص): **وإن لم يرض وكان غير معين فقولان: النقض وجواز البدل، وفي المعين طريقان: جواز البدل، والقولان**

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٠.

(ش): أي: وإن لم يرض قابض المغشوش به، فإن كان الصرف بينهما على دنانير ودراهم غير معينة، كما لو قال: بعني عشرة دنانير بمائتي درهم، فقولان:

أحدهما: النقض. المازري: وهو المشهور.

والثاني: جواز البدل، لابن وهب.

وحكى اللخمي هذين القولين فيما إذا وقع التعيين من جهة دون أخرى، ولم يحك في البطلان إذا لم يحصل التعيين خلافًا.

وبنى المازري الخلاف على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله، فلا يجوز؛ لعدم حصول المناجزة، أو نقض له الآن، وابتداء مبايعة، فيجوز.

وإن كان الصرف بينهما على شيء معين كما لو قال: بعني هذا الدينار بهذه العشرين درهمًا، فحكى المصنف طريقين:

إحداهما للَّخمي، وأصلها لأبي بكر بن عبد الرحمن: أن المذهب كله على إجازة البدل؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما شيء، فلم يزل مقبوضًا إلى وقت البدل، بخلاف غير المعين، فإنهما تفرقا وذمة أحدهما مشغولة.

والثانية - قال في "الجواهر": هي لجل المتأخرين، وأصلها لابن الكاتب -: أن القولين في هذه كالتي قبلها، ولا فرق بين التعيين وعدمه، ولذلك أدخل المؤلف الألف واللام التي للعهد على القولين، وهذه الطريقة أسد؛ لتقدم الخلاف في الدنانير والدراهم، هل تتعين بالتعيين أم لا؟

(ع): ولم يتعرض المصنف في هذا الفصل للنقض، هل هو في القليل أو في الكثير؟ كما تعرض لذلك في الذي قبله، ومسائلهم تدل على تخصيص القليل.

(ص): وإذا قيل بالنقض للنقص مطلقًا، فخمسة قيل: ينتقضُ الجميع مطلقًا، وقيل: إن لم يسم لكل دينار، وقيل: دينار، وقيل: أو كسر إن كان النقص مقابله أو أقل، وقيل: ما قابل النقص

(ش): أي: وإذا قيل بنقض الصرف؛ لأجل النقص مطلقًا؛ أي: في المقدار، أو الصفة، والتعيين وعدمه، فخمسة أقوال - ولذلك أتى بالتاء -:

الأول: ينتقض الجميع. وعزاه اللخمي لابن القاسم في "العتبية"؛ لأن الصفقة إذا

بطل بعضها بطل كلها[١].

الثاني: ينتقض الجميع، إن لم يسم لكل دينار شيئًا، كما إذا قال: هذه العشرة دنانير بمائتي درهم. وأما إن سمي كقوله: كل عشرين بدينار، فإنما ينتقض في دينار، إن لم يقابل الزائف أكثر منه. وهو للقاضي إسماعيل، وابن الجلاب وعبد الوهاب، وزعم الباجي أن الخلاف يرتفع إذا سمى لكل دينار، وأنه لا ينتقض إلا دينارًا، وإنما الخلاف إذا لم يسم.

ورد عليه المازري: بأن الروايات وقعت مطلقة، وإنما فصل هذا التفصيل من تقدم ذكرهم.

والقول الثالث: إنما ينتقض دينارٌ واحدٌ سَيَّمَا أو لا. المازري و(ر) و(ع) وغيرهم: وهو المشهور.

القول الرابع: أنه ينتقض صرف أصغر الدنانير، والفرق بينه وبين الثالث: أنه على الثالث ينتقض صرف أصغر الدنانير والفرق بينه وبين الثالث: أنه على الثالث ينتقض صرف دينارٍ كاملٍ، ولا ينتقض على الرابع إلا صرف أصغر الدنانير. وتبع في هذا ابن شاس وابن بشير. وفي نقلهم نظر؛ لأن المازري وغيره إنما ذكروا أربعة أقوال، وجعلوا القول بنقض الدينار أو أصغر منه قولا واحدًا، ونحوه لابن يونس.

المازري: وإذا تقرر أن المذهب المشهور اختصاص الفسخ بدينار، فإنه ينتقض في ذلك على أقل ما يوجد في الدنانير. ونقله الباجي أيضًا عن ابن القاسم، فقال: قال ابن القاسم: يرد منها أصغر قرض.

الخامس - على نقل المصنف -: ينتقض ما قابل النقص.

---

(١) يعني إذا قلنا بنقض الصرف لأجل الاطلاع على نقص في الوزن أو العدد أو في الصفة كالمغشوش فإنه إنما ينتقض صرف أصغر الدنانير لا الجميع ولا ينتقل عن الأصغر إلى ما هو أكبر منه إلا إذا تعدى النقص أو الغش صرف الأصغر فينتقل إلى دينار أكبر منه، وهذا إذا كان الصرف على سكة واحدة فإن اختلفت السكك فسيذكر ذلك المصنف. تنبيه: إذا وقع الصرف على تبر، ثم وجد الدراهم زيوفا فإنما ينتقض قدر صرف الدرهم من التبر، وإن كان مصوغا فإن كان متساويا كإسورة متساوية فإنه ينتقض من الصرف قدر ما يقابل زوج إسورة فقط حتى يجاوز ذلك أما إن تفاوتت الإسورة فيفسخ الجميع، قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف ونحوه في النوادر قال ابن رشد كل ما هو زوجان لا ينتفع بأحدهما دون صاحبه كالخفين والنعلين، والسوارين والقرطين فوجود العيب بأحدهما كوجوده بهما جميعا. انظر: مواهب الجليل: ١٦٤/٦.

اللخمي والمازري: وهذا بناءًا على القول بجواز أن يصرف بعض دينار. وسبب الخلاف: هل المجموع في مقابله المجموع؟ أو الأجزاء في مقابلة الأجزاء؟ أو يفصل بين أن يسميا شيئًا أو لا؟ لأنهما إذا سميا لكل دينار شيئًا، صارت كأنها عقود متفرقة.

تنبيه

جعل اللخمي محل الخلاف إذا وقع الصرف على غير معين، وأما إن وقع على معين، فإن قابل الزائف دينارًا واحدًا، أو وجد العيب بدينارٍ واحدٍ ينتقض صرف دينار واحد بالاتفاق[1].

فرع

فلو كان في الصرف سككًا مختلفة، فقال أصبغ: ينتقضُ الصرف في الدنانير الأعلى والأطيب. وقال سحنون: يفسخ الجميع.

(ص): وشرط البدل الجنسية والتعجيل، خلافًا لأشهب فيهما

(ش): قرره (ر) على ظاهره، وقال بعض من تكلم على هذا الموضع: هذا الاختلاف الذي ذكره لا يعرف في البدل، وكيف يكون في البدل، ومذهب ابن القاسم وأشهب منعه! وإنما هو في الصلح عن القيام بالعيب. وكذلك قال (ع): إنما يعرف هذا الخلاف لابن القاسم وأشهب في مسألة الطوق المذكورة أول الصلح، وقد ذكرها المصنف في الصلح، وسيأتي الكلام عليها.

(خ): ولعل المصنف بنى على أن لازم القول قول، فلذلك نسب لابن القاسم وأشهب ما ذكره، وقد خرج اللخمي قول ابن القاسم وأشهب من مسألة الطواق في هذه المسألة، ونصه: فإن لم يرد - أي: الزائف - وصالح عن الزائف بعين، أو بعرض، فأجاز ذلك محمد، ومنعه ابن شعبان قال: إلا أن يتفاسخا، ثم يعملا على ما يجوز، واستشهد بمسألة كتاب الصلح في الطوق، واختلف فيه على ثلاثة أقوال:

١ - فأجاز ابن القاسم أن يرضيه على شيء يدفعه إليه نقدًا ولا يزيده إلى أجل.

٢ - وأجازه أشهب نقدًا أو إلى أجل.

٣ - ومنعه سحنون إذا افترقا فيهما.

وعلى هذا يجري الجواز في الدينار، فيجوز على قول ابن القاسم إذا نقدا ذلك،

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ١٣.

وعلى قول أشهب يجوز، وإن كان إلى أجل، ولا يجوز على قول سحنون إذا افترقا لا نقدا ولا إلى أجل الجواز أحسنها.

وفي ابن يونس: إذا باع طوق ذهب بألف درهم، ثم وجد بالطوق عيبًا، فصالحه بائع الطوق على دنانير أو دراهم، فقال ابن القاسم: يجوز ذلك إن كانت الدراهم من نوع الدراهم التي قبض منه وإن كانت من غير سكة ما قبض منه لم يجز، وكذلك لو صالحه على نُقرة.

وقال أشهب: لا بأس بذلك كله.

(ص): والمزيد بعد الصرف كجزئه، وقيل: كالهبة

(ش): أي: إن صارف رجل دينارًا - مثلا - بدراهم، ثم زاد أحدهما صاحبه زيادة؛ لأجل الصرف، فإنه إذا فسخ الصرف؛ لفساد في العقد، فإنه يرد جميع ما أخذ مع المزيد، وهذا معنى قوله: (كجزئه. وقيل: كالهبة)، فلا يرد إلا المدفوع أولا ولا يرد المزيد.

ويحتمل أن يريد بقوله: (كجزئه)، أنه إذا اطلع على عيب في المزيد أن له القيام، ونقض الجميع.

وقيل: (كالهبة)، فلا قيام له إن اطلع فيه على عيب. ورأينا أن نأتي بالمسألة من "المدونة" ثم نذكر ما يتعلق بها، ونبين ما هو الأليق بكلامه، قال فيها: وإن صرفت من رجل دينارًا، ثم لقيته بعد أيام، فقلت له: قد استصرخت مني الدينار فزدني، فزادك دراهم نَقدًا أو إلى أجل فجائز، ولا ينتقض الصرف، وليس لك ردُّ الزيادة لعيبٍ بها، وإن كان الدينار رديئًا فرددته أخذ منك الذي زادك مع دراهمه؛ لأنه للصرف زادك فترده برده. وكذلك الهبة بعد البيع للبائع إن رد السلعة بعيب أخذها. وروى أشهب عن مالك في "الموازية": أنه يبدل المزيد الزائف. فحمله بعض الأشياخ على الخلاف، وبعضهم على الوفاق، ولهم في التأويل وجهان:

أحدهما: - لابن القابسي وغيره -: أن ما في "الموازية" محمول على إيجاب الزيادة؛ لأنه قال فيها: لقيته، فقال: نقصتني من صرف الناس فزدني، فيهم منه: أنه إذا زاده، فقد ألحقه بصرف الناس، فقد أوجب الزيادة.

والتأويل الثاني: - ذكره صاحب " النكت " عن بعض شيوخه -: أنَّ الخلاف مبني على تحقيق فرض المسألة فإن قال له: أزيدك هذا الدرهم، فوجده زائفًا فلا يرده؛ لأنه

إنما رضي أن يهبه ذلك الدرهم على ما هو به، فلا يلزم بغيره، وإن قال: أزيدك درهمًا فعليه بدله؛ لأنه أوجب على نفسه درهمًا جيدًا. وإليه ذهب اللخمي.

وردَّ المازري هذا التفصيل بأن في "المدونة" ما يمنعه؛ لأن فيها: فزاده درهمًا نقدًا أو إلى أجل، والذي إلى أجل هو في الذمة، وقد نصوا على: أنه ليس عليه بدله.

وفي كلام عبد الحق إشارة إلى الجواز؛ لأنه تأول قوله: إلى أجل. على أنه قال له: أنا أزيدك، أو قال: تأتيني عند أجل كذا وكذا، ثم عند الأجل أتاه، فأعطاه درهمًا، فوجده زائفًا، فليس عليه بدله؛ لأنه رضي بما دفعه إليه، ولم يلزمه غيره، بخلاف قوله: أزيدك درهمًا، فإنه يُحمل على الجيد.

وقال القاضي إسماعيل: الزيادة كالجزء، ويبطل الصرف بتأخيرها، كما لو تأخر جزء من الصرف.

ونصُّ كلامه في "المبسوط": إن كان الذي زاده بعد المصارفة إنما هو لإصلاح ما مضى، ولمخافة أن ينتقض ما بينهما؛ لمعنًى من المعاني، فإن الزيادة تبطل الصرف.

واستدل بقول: عبد الملك في رجلين اشتريا شيئًا من رجلٍ، ثم إن البائع وضع لأحدهما شيئًا من الثمن، فإن كان ذلك شيئًا يُشبه إصلاح ذلك البيع، فهو بين الشريكين، وإن كان لا يشبه إصلاح ما مضى مثل أن يحط عنه الثمن كله، أو أكثره فإنما هي هبة، وليس من البيع.

فإن تقرَّر هذا، فادَّعى بعض من تكلم على هذا الموضع أن الحق هنا حمل كلام المصنف على الوجه الثاني؛ أي: هل ينتقض الصرف بتأخيرها؟ - قال: وهو مذهب القاضي إسماعيل - أو لا ينتقض؟ - قال: وهو مذهب "المدونة" -.

(خ): وفيه نظر؛ لأنه يلزم أن يكون المصنف قدم غير المشهور.

وقال (ع): إن قوله في "المدونة" يوافق القول الأول على الاحتمال الأول؛ أي: أنه إذا رد الزيادة، قال: ويكون القول الثاني على الاحتمال الثاني من تمامه.

(ص): **وإذا استحق المسكوك بعد المفارقة، أو الطول، أو التعيين انتقض على المشهور وإلا فالعكس**

(ش): أي: إذا اصطرفا بمسكوكٍ من الجانبين أو من جانب، فاستُحق المسكوك بعد المفارقة أو بعد طول المجلس ولم يفترقا، أو كان المسكوك المعقود عليه معينًا، وإن لم يحصل طول ولا مفارقة، فإن الصرف ينتقض على المشهور؛ إذ لا يلزمه غير ما

عينه، وإن لم يُعَيَّنْ، فقد تعينت بالقبض والمفارقة، على ما نقله ابن رشد كما تقدم[1].

ورأى في الشاذ أنها لا تتعين، فيجبر على البدل في الثلاثة.

وقوله: (وإلا فالعكس)؛ أي: وإن لم تكن مفارقة ولا طول ولا تعيين لم ينتقض.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: المراد بـ (العكس): عدم النقض فقط، لا باعتبار دخول الخلاف، وانعكاس المشهور؛ لأنه إذا لم يكن طول ولا افتراق ولا تعيين، أجبر على البدل إذا كان عنده غيره اتفاقًا.

وكلام المصنف قريب من كلام صاحب " الجواهر"، وذكر أن المشهور هو مذهب "المدونة" وعزا الشاذ لأشهب، وجعل هذا الخلاف إذا حصلت المفارقة أو الطول.

وقال ابن الكاتب: إنما خلاف ابن القاسم وأشهب إذا حصل الاستحقاق بالحضرة، فعند ابن القاسم يلزمه الإتيان بمثلها سواء وقع الصرف على معين أم لا. وعند أشهب لا يلزمه ذلك إذا كانت الدراهم معينة، وأما إن كانت غير معينة فينتقض.

فذكر (ع): أن القرويين اختلفوا في محل القولين اللذين في "المدونة"، هل هو قبل الافتراق، أو الطول، أو عند عدم كل واحد منهما؟

ولنذكر لفظه في "المدونة" ليتبين لك الفهمان، فقال فيها: ومن اشترى إبريق فضة بدنانير، أو دراهم فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع؛ لأنه صرف. ومن صرف دنانير بدراهم، فاستحقت الدراهم، انتقض الصرف. وقال أشهب: لا ينتقض إلا أن تكون دراهم معينة فإن لم تكن معينة يريه إياها، وإنما باعه بدراهم من عنده أو من كيسه، أو من تابوته، فعليه مثلها مكانه ما لم يتفرقا.

---

(١) يعني أن الصرف إذا وقع بمسكوكين أو بمسكوك ومصوغ فاستحق المسكوك والمراد به ما قابل المصوغ فيشمل التبر والمكسور بعد مفارقة من أحدهما للمجلس أو بعد الطول من غير افتراق أبدان فإن عقد الصرف ينقض على المشهور سواء كان المستحق معينا حين العقد أو لا، وإن كان المستحق مصوغا انتقض عقد الصرف كان استحقاقه بحضرة العقد أو بعد مفارقة معينا أم لا؛ لأن المصوغ يراد لعينه فغيره لا يقوم مقامه وإن كان المستحق مسكوكا بحضرة العقد صح عقد الصرف سواء كان المستحق معينا حال العقد أم لا إلا أن غير المعين يجبر على البدل من أبى منهما، وأما صحة العقد في المعين فمقيدة كما قال ابن يونس إن تراضيا بالبدل ومن أبى منهما لا يجبر وقيل غير مقيدة كغير المعين كما أطلقه أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن فعلم مما قررنا أن قول المؤلف معين لا مفهوم له، وإنما قيد به لأجل قوله وهل إن تراضيا تردد فإن التردد فيه، وأما غير المعين فيجبر من أبى والقول لمن طلب إتمام العقد من غير تردد (ص) وللمستحق إجازته إن لم يخبر المصطرف. انظر: شرح خليل للخرشي: ٤٠٤/٧.

قال ابن القاسم: ولو أنه إذا استحقت ساعة صارفه، قال له: خذ مثلها مكانها قبل التفرق جاز، ولو طال أو تفرقا لم يجز.

فقوله: في قول أشهب: مكانه ما لم يتفرقا، ودليل على أَنَّه إنما يخالف إذا كان بالحضرة.

وقوله في "المدونة" في أول المسألة: ينتقض الصرف، يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة.

تنبيهان

الأول: قيد ابن يونس قوله في "المدونة": أنها إذا استحقت، وقال له ساعة صارفه: خذ مثلها جاز له، بإذا تراضيا. وكذلك قال ابن المواز. واعترض أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط التراضي، قال: لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز بالتراضي لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله: (ما لم يتفرقا) معنى؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا على خلف الدراهم المستحقة، صار ذلك مستأنفًا لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم.

المازري: وهذا قد يُتعذر عنه بأنه قيد بقوله: ما لم يتفرقا؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا ببدل الدراهم المستحقة صار ذلك تتميمًا للعقد المتقدم الذي كشف العيب أنهما لم يتناجزا فيه، وقد تتطرق التهمة بكون العاقدين أو أحدهما قصد إلى ذلك في أصل العقد.

التنبيه الثاني: ما تقدم من كلام المصنف: (أو التعيين) ثابت في النسخ التي رأيتها، وكذلك ثبت في نسخة (ر) وسقط من نسخة (ع). والإثبات موافق لكلام المازري وابن شاس، فإنهما أشارا إلى أنه إن حصل التعيين انتقض الصرف، ولو مع الحضرة على المشهور؛ لأنهما نَصَّا على أن هذه المسألة تجري على الخلاف في تفسير الدراهم بالتعيين، وقد صرح اللخمي بذلك؛ أعني: بالنقض إذا كانت الدراهم معينة، سواء استحقت بالحضرة أم لا، لكنه مخالف لما تقدم من أن ابن القاسم يجيز البدل في الدراهم مطلقًا، سواء كانت معينة أو لا، وإنما يأتي الإثبات على قول أشهب، فتأمله.

(ص): ولو استحق المصوغ انتقض مطلقًا

(ش): يعني: إن وقع العقدُ على مصوغٍ من الجهتين أو أحدهما واستحقَّ، انتقض الصَّرفُ، سواءٌ كان بحضرةِ العقدِ أو الافتراقِ أو الطولِ، وإليه أشار بقوله: (مطلقًا)؛ لأن

المصوغ يُرادُ لعينه.

(ص) **ثم إن كان لم يخبر المصطرف، فللمستحق إجازته على المشهور فيهما، بناء على أن الخيار الحكمي ليس كالشرطي**

(ش): أتى بـ (ثُمَّ) للتراخي؛ أي: إذا عقد الصرف بمصوغ، ثم انتقض الصرف بسبب الاستحقاق، فأراد المستحق إجازة العقد، فلا يخلو المصطرف - وهو: المشتري لهذا المستحق - إما أن يكون أخبره مخبرٌ بأن المصوغ ليس ملكًا للدافع أو لا، فإن (لم يخبره فللمستحق فيهما)؛ أي: في المصوغ والمسكوك، قال بعضهم: وهو الظاهر.

وقال (ع): هو عائد على الصورتين المفهومتين من السياق، وهما: كون الاستحقاق بحضرة الصرف أو بعد ذلك، قال: ويحتمل أن يعود الضمير على صورتين منطوقًا بهما، وهما: كون الاستحقاق بعد الطول وقبل المفارقة، والثانية: بعد المفارقة، ورجح هذا على الأول بأن عود الضمير على منطوقٍ به أولى.

وقوله: (على المشهور)؛ أي: لأن خيار المستحق أدى إليه الحكم، والشاذ لأشهب: يمنع، كخيار الشرط ونظيرها: ما إذا قال لوكيله: أبدل في فولا بقمحٍ، فأبدله بشعيرٍ، وكذلك في كل ما يطلب فيه التناجز، وأطلق المصنف في المشهور، وهو مقيد بحضور المصوغ، نص عليه في "التهذيب".

وناقض سحنون قول ابن القاسم هذا باشتراط حضور الخلخالين بقوله: فيمن استودع قمحًا، فباعه بطعام مخالِفٍ: أنَّ للمستحق إجازة البيع، ولم يشترط حضور القمح.

والفرق: أنَّ المودِعَ ضمن القمح بتعديه بالبيع، فوجب في ذمته مثله، فأخذ عنه تمرًا مثلا، فإن ذلك جائز؛ إذ لا معنى لا شتراط حضور ما في الذمة، بخلاف الذي تولى الصرف في مسألة الخلخالين، فإنه مُتعدٍّ، فلم يتعلَّق بذمته، فأشبه صرفهما وصرف الوديعة، فلذلك اشترط الحضور.

وناقض اللخمي والمازري قول أشهب هُنا بقوله في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده، ويدخل بها، ثم توجد وهي تزني: أن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح، فإن أجازه كانت محصنة ورجمت، وإن لم يجزه لم ترجم وحدت حد البكر. وهو اعتراض ظاهر.

(ص): **فإن أخبره فهو كصرف الخيار**

(ش): أي: فلو أخبر دافع المصوغ أنه ليس له، وأنه تولى الصرف فيه بغير إذن ربه، فهو كصرف الخيار الشرطي. وقد تقدَّم أنَّ المشهور منعه.

(ص): والصرفُ والبيعُ مُمتَنِعٌ، خلافًا لأشهب إلا في اليسير

(ش): أي: أنه لا يجوز أن يجتمع في العقد بيعٌ وصرفٌ إلا في اليسير، وجوزه أشهب في اليسير والكثير.

والاستثناء يحتملُ أن يرجع إلى قوله: (ممتنع)، ويحتمل أن يرجع إلى (خلاف)؛ أي: إلا في اليسير، فإن أشهب لا يُخالف في ذلك. ووجَّه المشهور بوجوه:

أحدها: أن اجتماع البيع معه يؤدي إلى ترقب حله، بوجود عيب في السلعة.

ثانيها: أن الصفقة قد جمعت عقدين مختلفي الأحكام؛ لأن الصرف لا يجوز فيه التأخير والخيار، بخلاف البيع.

ثالثها: لئلا يؤدي إلى صرف بنسيئة من حيث إنَّ السلعة قد تستحق، فلا يعلم ما نصيب الصرف من الثمن إلا في ثاني حال.

سندٌ: وليس هذا من باب النسيئة، وإنما هو من باب الجهالة.

ورأى أشهب: أن العقد قد اشتمل على جائزتين فلا منع.

فإن وقع على المشهور، فقيل: هو كالعقود الفاسدة فيفسخ، ولو مع الفوات.

وقيل: هو من البياعات المكروهة، فيفسخ مع القيام، لا مع الفوات.

ابن رشد: وهو المذهب.

فائدة

قال القرافي: لا يجتمع مع البيع عقود؛ يجمعها قولك: جِصٌّ مُشَنَّقٌ، فالجيم: للجعالة والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض؛ لتضاد أحكامها وقد نظمها بعضهم فقال[1]:

عُقُودٌ مَنَعْنَاهَا مَعَ البَيْعِ سِتَّةٌ وَيَجْمَعُهَا فِي اللَّفْظِ جِصٌّ مشنَّق
فَجُعْلٌ وَصَرْفٌ وَالمُسَاقَاةُ شِرْكَةٌ نِكَاحٌ قِرَاضٌ مَنْعُ هَذَا مُحَقَّق

(١) وزاد أبو الحسن القرض أي السلف، فلا يجتمع مع البيع، ويمكن أن يكون استغنى عنه الناظم بدخوله فيما قبله من الشرط الحرام، وكما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه السبع بزيادة القرض، كذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد لافتراق أحكامها كما علمته مما مرّ أيضاً، وعليه فينبغي أن يقال: ثمانية عقود لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد. البهجة شرح التحفة ٢/١٤.

(ص): فإن كان الجميع دينارًا فيسير، وقيل: مع كون أحدهما ثلثًا فأدنى، وقيل: مع كونه كالدرهم يعجز

(ش): الأول هو مذهب "المدونة": ولا يشترط فيه أن يكون الصرف أو البيع تابعًا، بل كيف ما كان فهو جائز؛ لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذا كثيرًا.

والقول الثاني: عدم الجواز إلا بشرط التبعية، إما بأن يكون البيع تابعًا للصرف أو العكس، والتابع هو الثلث فأقل.

والقول الثالث: لا يجوز الصرف والبيع في دينار إلا أن يكون يسيرًا، مثل أن يصرف دينارًا بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف، فيدفع إليه عرضًا بقدره؛ لتحقق الضرورة، وهو قول عبد الوهاب.

ولابن القاسم في "الموازية" رابع: جواز كون الصرف في الدينار الواحد تابعًا الثلث فأقل، ومنع عكسه، وهو كون البيع تابعًا.

(ص): وإن كان الصرف في أكثر من دينار، فاليسير: أن يكون البيع بأقل من دينار، وقيل: بأن يكون ثلثًا فأدنى

(ش): أي: فإن كان الصرف في أكثر من دينار، فلا بد أن يكون البيع بأقل من دينار؛ أي: فلا بد من اشتراك البيع والصرف في دينار، كما لو صارفه عشرة دنانير بمائة وتسعين ونصف إردب قمحًا والصرف بعشرين، وكلامه ظاهر التصور(١).

ونسب في "الجواهر " القول الذي صدر به المصنف لابن مناس، وذكر أن القول الثاني في نقله ابن محرز عن بعض الأشياخ.

(ص): وأما إذا كان البيع أكثر لم يجز اتفاقًا، إلا في صرفِ أقل من دينارٍ

---

(١) ابن يونس: إنما لم ينتقض صرف الجميع لأن كل دينار كأنه منفرد بنفسه إذ لا تختلف قيمته من قيمة صاحبه (وهل ولو لم يسم لكل دينار؟ تردد) الجلاب: وغيره هو الذي تقدم إذا رتبا لكل دينار شيئا معلوما حين العقد، وأما إن صارفا جملة دنانير بجملة دراهم لم ينتقض الصرف كله.
ابن يونس: ليس هذا بشيء لأن الدنانير لا تختلف قيمتها إذا كانت سكة واحدة وإنما يقع لكل دينار حصته من الدراهم على العدد، إن كانت خمسة وقع لكل دينار خمس الدراهم، وإن كانت ستة فسدس الدراهم، فالحكم يوجب الترتيب وإن لم يرتباه، ولأن الترتيب حكم له لأن من أصلهم في البيوع إذا رتب لكل سلعة ثمنا وبيعت في صفقة أن ذلك الترتيب لا حكم له في طريان الاستحقاق والرد بالعيب (وهل ينفسخ في السكك أعلاها أو الجميع؟ قولان) ابن أبي زمنين: هذا الذي تقدم إن كانت سكة الدنانير كلها واحدة، فإن كانت السكة مختلفة فقال أصبغ: ينتقض صرف أجود الدنانير. انظر: التاج والإكليل: ٦/٤٣٧.

(ش): يعني: أنَّ الخلاف المتقدم إنما هو إذا كان الصرف أكثر، وأما إذا كان البيع أكثر فالاتفاق على أنه لا يجوز إلا إذا كان الصرف في أقل من دينار، كالقول الأول.

والمراد بـ (الاتفاق): اتفاق القائلين بمنع اجتماع الصرف والبيع، وأما على قول أشهب الذي يجيزهما مطلقًا فلا، ولا يُقالُ: ينتقض الاتفاق الذي ذكره المصنف بما حكاه بعضهم عن ابن حبيب من جواز دينارٍ فأقل؛ لأن ابن يونس والمازري أنكراه.

والفرقُ بين هذه المسألة والتي قبلها: أن الصرف أضيقُ من البيع، فإذا كان البيعُ تابعًا انسحب عليه حكم الصرف فكان أحوط، بخلافِ العكس، واستشكل؛ لأنهم يُغَلِّبُونَ حكم الصرف، وإن كان قليلا في وجوب تقديم السلعة على المعروف، خلافًا للسيوري في إبقاء كل من البيع والصرف على حكمهما حال الانفراد، فأوجب تعجيل الصرف، وأجاز تأخير السلعة.

(ص): **وأما المستثنى اليسير فرُوي: أنه الدرهم، وروي: الثلاثة، وروي: قدر ثلث دينار، كسلعة بدينار إلا درهمًا**

(ش): إن قلت: لم جَوَّزوا في مسألة الاستثناء ما لم يُجَوِّزُوه في مسألة اجتماع البيع والصرف؟ مع أنها راجعة إليها؛ إذ حاصلُ قوله: هذه السلعة بدينار إلا درهمًا: بعتك السلعة والدرهم بدينار وهو بيعٌ وصرفٌ. وإنما قُلنا: إنهم أجازوا هُنَا ما لم يجيزوه هناك؛ لأنهم أجازوا هنا مع تأخير النقدين وتقدم السلعة.

فالجواب: أنه سؤالٌ حَسَنٌ، ولعلهم راعوا أنَّ الاستثناء أصله أن يكون يسيرًا والضرورة تدعو إلى اليسير، والمتبايعان إنما يبنيان كلامهما أوَّلا على البيع، فكان الصرف غير مقصود، بخلاف والبيع، فإنهما لما أتيا أوَّلا بالصرف، والبيع علم أنهما مقصودان.

وقوله: (فروي: أنه الدرهم)، مقتضاه: أنه لا يجوز في الدرهمين. والذي في "المدونة" وغيرها: أن الدرهمين في حكم الدرهم. ولم أر من اقتصر على الدرهم كما فعل المصنف، بل صرح المازري بالاتفاق على يسارة الدرهمين.

والرواية بالثلاثة لابن عبد الحكم.

والقول بإجازة الثلاثة للأبهري.

هكذا نقله الباجي وابن شاس. ولم أر أحدًا صرح بأنه رواية.

(ر): وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع البيع وفيه التأجيلُ - على ما سيأتي إن شاء الله

- وأما مع الانتفاء، فيجوز أكثر من ذلك.

(ص): **فإن كان نقدًا فجائزٌ، وفي تأجيل الجميع ممتنعٌ**

(ش): أي: فإن كان الجميع - أي: السلعة والدينار والدراهم - نقدًا فجائز بلا خلاف، وإن تَأَجَّلَ الجميع، فإنه ممتنع؛ لأنه صرف مستأخر، ودينٌ بدينٍ إن كانت السلعة غير معينة، وبيع معينٍ يتأخر قبضه إن كانت معينة.

(ص): **وفي تأخير النقدين يجوز للتبعية**

(ش): يعني: قد تقدمت السلعة وتأخر النقدان جازت المسألة، وعلل ذلك بالتبعية؛ أي: أن السلعة لما قُدِّمَت، وتأخر الدينار والدرهم، دَلَّ على أنهما غيرُ مقصودين، فلا يكون صرفًا مستأخرًا[١].

وذكر ابن المواز الاتفاق فيه، لكن ذكر المازري وابن شاس أن ابن عبد الحكم خالف فمنع؛ لكونه دينًا بدينٍ وصرفًا مستأخرًا.

قال في "الجواهر": قال بعض المتأخرين: وقول ابن عبد الحكم هو القياس، لا سيما إن راعينا الأتباع في أنفسها.

(ص): **وفيها: ويقضي بما سَمَّيَا، وقيل: بدراهم، ويتقاصان**

(ش): يعني: إذا وقعت هذه المسألة على الوجه الجائز، فاختلف فيما يقع به القضاء، فحكى في "المدونة": أن البائع يعطي الدرهم أو الدرهمين، ويأخذ الدينار أو الدينارين. وليس ما نسبه إلى "المدونة" صريحًا فيها، بل هو ظاهرها عند الأكثرين، وصرح المازري بمشهوريته.

ومنهم من فهمها معنى القول الثاني، وهو: أن البائع إذا حل الأجل إنما يأخذ صرف دينار ينقص درهمًا أو درهمين.

(ص): **وتأجيل السلعة أو أحد النقدين ممتنع على المشهور**

(ش): يعني: لو تقدم النقدان وتأخرت السلعة، أو تقدمت السلعة وأحدُ النقدين وتأخر النقد من أحدهما، فالمشهور فيهما المنع، وهو مذهب "المدونة".

وقيل: المشهور - فيما إذا تأجلت السلعة - مقيد في "الموازية" بما عدا التأخير اليسير.

---

(١) انظر: منح الجليل: ٤/ ٤٤٧.

قال فيها: إلا أن يتأخر بمثل خياطته، أو حتى يبعث في أخذه، وهو بعينه فلا بأس به.

والشاذ: الجواز فيهما. ونقل في "المدونة" الشاذ في مسألة تأجيل السلعة عن مالك من رواية أشهب.

ونقل صاحب " الجواهر " وغيره الشاذ في مسألة تأجيل أحد النقدين عن مالك من رواية ابن عبد الحكم.

وقد يظهر ما رواه ابن عبد الحكم ببادئ الرأي؛ لأنه إذا جاز تأخير النقدين معًا، فلأن يجوز تأخير أحدهما أحرى. والفرقُ للمشهور: أن الاعتناء بالتقديم يدل على أنه المقصود عند المتبايعين، فإذا تقدَّمت السلعة، وتأخر النقدان دَلَّ تقدتيهما على أن البيع هو المقصود، بخلاف ما إذا تقدم أحدهما، فإنه يدل على أن الصرف مقصود، ولم يحصل شرطه، وهو: المناجزة.

(ص): **فإن استثنى دراهم من دنانير فثالثها يجوز في النقد**

(ش): مثال ذلك: لو باع مائة ثوبٍ بمائة دينارٍ، فنقص من كل دينارٍ درهمًا، فمن أجاز رأى أن نسبة مائة درهم إلى مائة دينار كنسبة الدرهم إلى الدينار، ويحتمل أن يكون مبنيًا على جواز الصرف والبيع مطلقًا، ومن منع نظر إلى كثرة الصرف، ولا يخفى عليك توجيه الثالث.

وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن بشير، وابن شاس.

وإطلاق هذه الأقوال هكذا مُشكلٌ، ولا سيما: الجواز مطلقًا، والمنع مطلقًا.

والمنصوص في "الموازية" فيمن ابتاع مائة جلد، كل جلد بدينار إلا ثلاثة دراهم، وذلك كله نقدًا: أن ذلك جائز.

وفيها وفي "العتبية" عن مالك فيمن ابتاع خمسة عشر جلدًا، كل جلدٍ بدينارٍ إلا درهمًا إلى أجل، ثم تحاسبا بعد البيع، فصارت أربعة عشر دينارًا، فلا خير في هذا البيع.

محمد: تحاسبا أو لم يتحاسبا؛ لكثرة الدراهم في المؤجل.

مالك: ولو قطعوا صرف الدرهم قبل العقد، ووقعت الصفقة بدنانير معلومة جاز ذلك نقدًا أو مؤجلا.

محمد مثل أن يقول: إن وقع بيننا بيعٌ بدراهم، فبيعها بكذا وكذا بدينار. فهذا

الجائز، وإلا لم يجز نقدًا ولا إلى أجلٍ؛ لأنه صرفٌ وبيعٌ، إلا في دراهم يسيرة.

وقال مالك في "العتبية": إذا كان ذلك قبل البيع.

وقد حققها في "البيان" تحقيقًا شافيًا، فقال: إن وقع البيع بينهما على أن يتقاصا من الدنانير فيما اجتمع من الدراهم المستثناة بسومٍ سمياه، لم يفضل من الدراهم شيءٌ بعد المقاصة، مثل أن يبيع ستة عشر ثوبًا كل ثوبٍ بدينارٍ إلا درهمًا، على أن يحسبا ستة عشر درهمًا بدينارٍ جاز، كان البيع نقدًا أو إلى أجل؛ لأن البيع حينئذٍ إنما انعقد بخمسةَ عشر.

وكذلك فضل بعد المقاصة درهم أو درهمان؛ لأنه يجوز أن يبيع السلعة بدينار إلا درهمًا وإلا درهمين، على أن تتعجل السلعة ويتأخر النقدان.

فإن فضل بعد المحاسبة دراهم كثيرة، فيجوز البيع إن كان نقدًا، ولا يجوز إلى أجل.

وإن لم يقع بينهما على شرط المحاسبة، فيجوز إن كانت الدراهم المستثناة: الدرهم والدرهمين نقدًا، أو إلى أجل، ويجوز إن كانت كثيرة دون صرف دينار إن كان نقدًا، ولا يجوز إلى أجل.

وإن كانت أكثر من صرف دينار، فلا يجوز نقدًا ولا إلى أجل، على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك.

ولا تنفع المحاسبة بعد البيع؛ إذ لم يقع البيع بينهما على ذلك.

(ص): **فإن استثنى جزءًا جاز مطلقًا، وقيل: كالدراهم بناء على أن جزء الدينار ذهب إلى القضاء أو وَرِقٌ**

(**ش**): كما لو باع بدينار إلا سدسًا أو خمسًا، ونحو ذلك، فالمشهور أنه يجوز مطلقًا بالنقد والأجل، بناءً على أنَّ جزء الدينار ذهب في القضاء عليه به، فيقاصه.

والقول الثاني: لا يجوز في هذه الصورة إلا ما جاز في مسألة الدراهم، بناءً على أن جزء الدينار ورقٌ؛ إذ لا يقتضي القاضي عليه عند المشاجرةِ إلا بالورق.

(ص): **والمماثلة، لطلبِ تَحَقُّقِهَا مُنِعَ بيع دينارٍ ودرهم أو غيره بدينارٍ ودرهم أو غيره**

(**ش**): لما فرغ من المناجزة أتبعها بالمماثلة، ولا شك في طلبها، ولأجل أنها لا بد منها منع ما يوجب شكًّا فيها، فلا يجوز أن يضاف إلى أحد النقدين جنس آخر كما مثل

خشية أن تكون الرغبة في أحد الدرهمين أكثر، فيقابله من الجهة الأخرى أكثر من درهم، فيؤدِّي إلى التفاضل.

وقوله: أو غيره؛ أي: ثوب أو طعام أو أي شيء كان.

(ص): **فأما درهم بنصف فما دونه وفلوس، أو طعام فجائز؛ للضرورة، وبأكثر من نصف ممتنع.** وقيل: **لا يجوز إلا في أقل من نصف.** وقيل: **لا يجوز إلا في غير الفلوس.** وقيل **لا يجوز بحال وإن قل**

(**ش**): هذا مستثنى من القاعدة المذكورة، وعلل الجواز فيها بالضرورة. ومعنى المسألة: أن يعطى الإنسان درهمًا، فيأخذ بنصفه فلوسًا أو طعامًا، ويرد عليه النصف الآخر فضة، وذكر الشوشاوي وأبو الحسن وغيرهما: أن المسألة ستة شروط[1]:

أولها: أن يكون في الدرهم الواحد؛ لأن الضرورة غالبًا إنما تدعو إليه، فلا يجوز في أكثر ولا في دينار؛ لقول مالك في "كتاب محمد " فيمن اشترى بثلثي دينار قمحًا، فدفع دينارًا، وأخذ قطعةَ ذهبٍ منقوشةً: أكرهُ ذلك.

وعلَّله اللخمي باختلاف بيع الدينار وكسره، بخلاف الدرهم وكسره.

الثاني: أن يكون في بيعٍ، وما في معناه كالإجارة. احترز به من القرض؛ لأنه لا ضرورة تدعوهم في القرض.

الثالث: أن يكون مسكوكين.

الرابع: أن يكون المردود النصف فما دون. وأجاز أشهب ثلاثة أرباع.

الخامس: أن ينقد الجميع، فإن تأخر أحد العينين جرى على الخلاف في مسألة الدرهم والدرهمين إذا تَأَخَّر أحدُ العينين.

السادس: أن تكون السكة واحدة.

زاد أبو الحسن سابعًا: وهو أن يكونا معروفي الوزن.

---

(١) القباب: الأصل في الرد على الدرهم المنع لكونه بيع فضة بفضة مع إحداهما سلعة، وكان مالك يقول بكراهة الرد على الدرهم على الأصل ثم خففه لضرورة الناس إليه وبما رجع إليه مالك قال ابن القاسم: وهو المشهور من المذهب، ومن شروطه أن يكون المردود النصف فدون.

من المدونة: إن اشتريت بنصف درهم فلوسا وبنصفه الآخر فضة أو بثلثيه طعاما وأخذت باقيه فضة فذلك جائز، وإن أخذت بثلثه طعاما وأخذت باقيه فضة فمكروه.

ابن يونس: وإنما كرهه مالك إذا كانت الفضة أكثر وجوزه إذا كانت أقل، لأن الطعام إذا كان هو الأكثر علم أنه المقصود في الشراء والفضة التبع. انظر: التاج والإكليل: ٦/٤٣٠.

وثامنًا: وهو أن يكون في بلد لا فلوس فيها ولا خراريب، ولا أرباع، وقد حكى المصنف في هذا الأخير الخلاف.

وقوله: (وبأكثر من نصف ممتنع)، هكذا عبر المازري بالمنع. والذي في "المدونة" إنما هو كراهة رد الثلثين فضة. لكن كثيرًا ما يعبر عن الممنوع بالكراهة.

وقوله: (وقيل: لا يجوز إلا في أقل من نصف)؛ لتحقق التبعية. وهذا القول في "الموازية" لابن القاسم وأشهب.

وقيل: (لا يجوز إلا في غير الفلوس)؛ أي: إلا في غير بلد الفلوس. وأما في بلدها، فلا يجوز أن يأخذ بنصف طعامًا وبنصف فضة؛ لأن الضرورة زالت بوجود الفلوس، ونسبه اللخمي لأشهب.

وهكذا مشى هذا القول الشارحون، ويمكن أن يُمشي على أنه لا يجوز أن يأخذ مع النصف الفضة فلوسًا، إنما يأخذ طعامًا وما أشبهه؛ لأن الفلوس لما كانت تشبه النقد صار النقدان في مقابله نقد.

وهذا القول لمالك في "العتبية"، لكن إنما قال في "العتبية" لا أحبُّ أن يأخذ بنصفه فلوسًا وبنصفه فضة، ولا بأس أن يأخذ بنصفه فضةً وبنصفه طعامًا. فعبَّرَ بلا أُحب. وكذلك عبَّر صاحب " البيان " بالكراهة، لكن كثر تعبيرهم هنا على الممنوع بالكراهة، وقد نقله عياض بلفظ المنع عن " الموازية"، ولفظه: وأجاز في "الموازية" أن يأخذ بكسر الدرهم سلعة، ويأخذ بباقيه درهمًا صغيرًا، ومنع ذلك في نصفه فلوسًا، ونصفه فضة، ورواه يحيى عن مالك، ووافقه عليه ابن القاسم في "الموازية".

وأشار عياض وغيره إلى أنَّ ما منعه أشهبُ - أعني: إذا كان في البلد فلوسًا - وما أجازه - إذا كان في البلد دراهم صغار - متناقضٌ. قال: وهو خلاف من قوله: ولا فرق بينهما.

وقَيَّدَ ابن يونُس أيضًا المذهب بما إذا لم تَكُن الأنصاف والخراريب غالبةً، وأمَّا إذا كانت غالبةً، فلا يجوز الرد بوجهٍ.

وقوله: (وقيل: لا يجوز بحال)، هو لمالك في "الموازية" واختاره (ع) قال: لأنَّ الضرورة لم يثبت أن الشرع اعتبرها.

(ص): **وفي التبر يعطيه المسافر دار الضرب وأجرته، ويأخذ وزنه قولان**

(ش): وهذا أيضًا مستثنى مما تقدم؛ يعني: أنه اختلف في المسافر يأتي دار

الضرب بفضةٍ أو ذهب يدفعها إليهم، ويدفع أجرتها، ويأخذ وزن ما دفع مسكوكًا[1].

والقولان لمالك، أجازه في سماع ابن القاسم وابن وهب.

وقال ابن القاسم: أراه جائزًا للمضطر وذي الحاجة.

مالك: وقد عملت به الناس في زمان بني أمية، ويفعله أهل الورع.

وبالمنع قال الأكثر. وذكر ابن حبيب أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين، والمصريين، فلم يرخصوا فيه على حال.

ولذلك قال في "البيان": الصواب عدم الجواز، إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة.

ابن حبيب: أما الصائغ، فلا يجوز ذلك معه قولا واحدًا.

واختلف في قول مالك أيضًا في خلط أذهاب الناس في الضرب بعد تصفيتها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت أخذ كل واحد منهم حسب ذهبه.

(ص): وكذلك الزيتون

(ش): أي: وكذلك اختلف في الزيتون يعطيه لأهل المعصرة، ويأخذ قدر ما يحتاج، والمنع ها هنا أقوى لوجهين:

أحدهما: أن الضرورة هنا أضعف من الضرورة في التبر؛ لكثرة المعاصر.

والثاني: أن خروج الزيت مما يختلف.

(ص): وإذا بيع محلى من أحد النقدين بصنفه، فإن كان الحلي تبعًا معجلا على المشهور، وفي المؤجل قولان

(ش): هذا أيضًا مستثنى؛ لأجل الضرورة الداعية إليه مع كونه جائز الإتخاذ؛ أي: إذا بيع شيء محلى بذهب أو فضة، وهو معنى قوله: (من أحد النقدين)، كمصحف أو سيف بصنفه؛ أي: إن كان محلى بفضة وبيع بفضة، أو بذهب وبيع بذهب، فيجوز معجلا على المشهور - خلافًا لابن عبد الحكم - بثلاثة شروط:

الأول: أن تكون الحلية تبعًا للمحلى، وإليه أشار بقوله: تبعًا.

الثاني: أن تكون الحلية مباحة.

الثالث: أن تكون مسمرة على الحلي وفي نزعها ضرر. وإن لم يكن في نزعها

---

(١) البناني لا مفهوم لتبر وإنما عبر به تبعا لابن الحاجب وقد عبر في العتبية بالمال والمازري وابن عرفة بالذهب والفضة وكذا غيرهم من أهل المذهب. انظر: منح الجليل: ٤/٤٩٧.

ضرر، فلا.

الباجي: كالفصوص المصوغ عليها، وحلية المصحف المسمرة عليه، وحلية السيف المسمرة في حمائله وجفنه.

أما القلائد التي لا تفسد عند نقضها، فظاهر المذهب أنَّه لا تأثير لها في الإباحة. وبه قال ابن حبيب. وهذا الشرط أيضًا يؤخذ من كلام المصنف؛ لأنه لا يُقال: محلى مع الانفصال.

وذكر (ر) عن المتأخرين قولين: بالجواز والمنع إذا كان يغرم ثمنًا في رد الحلية بعد قلعها.

وقال اللخمي: لم يختلفوا إذا كانت الحلية منقوضةً، وهي تبع له أنه لا يجوز أن يباع نصل السيف وحليته بجنسهما نقدًا، ولا إلى أجل - قال - وأرى إذا كانت قائمة بنفسها صنعت ثم ركبت وسمرت أن يكون لها حكم المنقوض؛ لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سمرت بمسامير.

قوله: (وفي المؤجل قولان)، المازري: والمشهور المنع، خلافًا لأشهب وسحنون.

هذان القولان مفرعان على المشهور، وإلا فابن عبد الحكم الذي يمنع في النقد، فأن يمنع في المؤجل أولى.

وفي مسألة التأخير قول ثالث لمحمد بالكراهة.

فإن قيل: لم أجازوا هنا ما لم يجيزوا في البيع والصرف؟

قيل: للضرورة الحاصلة في نزعه. والله أعلم.

المتيطي: فإن بيع بصنفه إلى أجل فسخ ورد، إلا أن يفوت بتفصيل حليته، فيمضي ولا يرد، هذا مذهب بن القاسم في "المدونة" وغيرها.

وقال أشهب: يكره ابتداء، فإن وقع مضى ولا يُرَد.

(ص): **وإن لم يكن تبعًا لم يجز**

(ش): يعني: وإن لم تكن الحلية تبعًا لم يجز بيعه بصنف حليته، نقدًا ولا إلى أجل؛ لعدم تحقق المماثلة.

(ص): **فإن بيع بغير صنفه، فإن كان تبعًا جاز معجلا، وفي المؤجل قولان**

(ش): كما لو كان محلى بفضة وبيع بذهب، ولا خفاء في الجواز مع النقد إذا كان تبعًا؛ لأن الصرف غير مقصود. والمشهور من القولين في المؤجل المنع،

خلافًا لسحنون.

(ص): **فإن لم يكن تبعًا جاز معجلا فقط**

(ش): أي: فإن بيع بغير صنفه والحلية ليست تبعًا جاز معجلا، وظاهر كلامهم: أنه لم يختلف فيه كما في البيع والصرف، ولعله لعدم انفكاك أحدهما عن الآخر[1].

وظاهر كلام اللخمي: أنه يجري فيه ما يجري فيه ما يجري في البيع والصرف.

(ص): **والتبع الثلث، وقيل: دونه، وقيل: النصف**

(ش): الأول هو المذهب، والثاني خرجه ابن بشير مما قيل في المذهب: إن الثلث كثير، والقول بتبعية النصف مشكل؛ لأن النصف لا يكون تبعًا للنصف الآخر، ولكن استدل له بقوله تعالى: ﴿قُمِ اللَّيْلَ إِلا قَلِيلا (٢) نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلا﴾ [المزمل:٢ - ٣].

وهذا القول حكاه الباجي عن بعض العراقيين، وخرجه الباجي أيضًا من إجازتهم الشراء بنصف درهم ورد نصف درهم.

(ص): **ويعتبر بالقيمة، وقيل: بالوزن مع قيمة المحلى**

(ش): سببهما هل تعتبر الصياغة أم لا؟ ومعنى كلامه أنه إذا بنيا على المشهور من أن التبع الثلث، أو على غيره من الأقوال، فهل تعتبر التبعية بالقيمة، أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشرين وصياغتها تساوي ثلاثين، وقيمة النصل أربعين جاز على الثاني دون الأول، والقول باعتبار القيمة.

ابن يونس: وهو ظاهر " الموطأ" و"الموازية".

والثاني: ذكر الباجي أنه ظاهر المذهب، قياسًا على النصاب في السرقة والزكاة.

ورده ابن يونس: بأن من أصلنا التحريم بالأقل، وأما السرقة والزكاة، فإنما رتب النصاب فيهما على الوزن.

وما قلناه - من أنه تنسب قيمة الحلية مصوغةً أو زنتها غير مصوغةٍ إلى مجموع المبيع، فإن كانت ثلثًا جاز - هو المذهب الذي قاله الناس، كما في بياض المساقاة.

ونسبها ابن بشير إلى قيمة المحلى، فإن كانت ثلث ذلك جاز وإلا امتنع، وليس كذلك؛ لأنه إذا نسب إلى النصل والجفن مثلا، فكانت ثلثهما كانت ربع الجميع.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ١٥.

(ص): والثوب الذي لو سبك خرج منه عين، فكالمحلى، وإن لم يخرج، فقولان

(ش): يعني: والثوب الذي نسج فيه أو طرز ذهب أو فضة إن كان يخرج منه لو سبك عين، فأجره على ما تقدم في المحلى، وإن لم يخرج كالورقة فللأشياخ فيه قولان، بناء على استهلاكه أو قيام صورته.

(ص): والحلي من النقدين وحده، أو مع سلعة ممتنع بعين أحدهما اتفاقًا

(ش): أي: إذا كان الحلي مصوغًا من الذهب والفضة سواء بيع وحده، أو مع سلعةٍ، وليس أحدهما تبعًا - وحذف المصنف ذلك؛ اكتفاءً بذكر التبعية في قسيمه - فلا يجوز بيعه بواحد من الصنفين اتفاقًا؛ لأنه إذا امتنع بيع سلعة وذهب بذهب، فأحرى بيع فضة وذهب بذهب[1].

(ص): فإن كان أحدهما تبعًا لم يجز بصنف الأكثر، وفي صنف التبع قولان

(ش): أي: فإن كان الذهب تبعًا للفضة، أو العكس لم يجز بيع ذلك بصنف المتبوع، واختلف في بيعه بصنف التابع، ومذهب "المدونة": أنه لا يباع به.

وفي "الموازية": وما حُليَ بذهبٍ وفضةٍ - قال ابن القاسم عن مالك: - فليبع

---

(١) وبيع ما حلي مما اتخذا بغير جنسه بنقد نفذا وكل ما الفضة فيه والذهب فبالعروض البيع في ذاك وجب تكلم في البيتين على ما يجوز أن يباع به المحلى كالسيف والمصحف وغيرهما مما حلي بذهب أو فضة وكذا الثوب المنسوج أو المغروز بخيوط من ذهب أو فضة وما لا يجوز أن يباع به فأخبر أن المحلى بأحد النقدين إذا كان جائز الاتخاذ كالسيف للرجل والثياب للمرأة فإنه يجوز بيعه بغير جنسه أي بغير جنس حليته فإذا حلي بذهب جاز بيعه بفضة وإذا حلي بفضة جاز بيعه بذهب لكن إنما يجوز ذلك إذا كان نقدا أي معجلا من غير تأخير لأنه بيع وصرف فيطلب فيه المناجزة وذلك لأن العين المدفوعة في المحل بعضها في مقابلة نصل السيف مثلا أو في نفس الثوب أو المصحف وهو بيع.

وبعضها في مقابلة الحلية وهو صرف واجتماعهما تطلب فيه المناجزة كما تطلب في انفراد الصرف وفهم من قوله مما اتخذ أن ما لا يجوز اتخاذه كالسيف للمرأة أو السوار للرجل لا يجوز بيعه بذلك وفهم من قوله بنقد أن بيعه بتأخير ممنوع وهو كذلك إن كانت الحلية غير تبع بأن كانت أكثر من الثلث وكذلك إن كانت تبعا على المشهور.

وفهم من إطلاق الجواز في بيعه بالنقد أنه لا فرق بين كون الحلية تابعة أو متبوعة أيضا وهو كذلك وهذه المسألة مستثناة من منع اجتماع البيع والصرف للضرورة وفهم من قوله بغير جنسه أن بيعه بجنس الحلية غير جائز وهو كذلك لكن إذا كانت الحلية غير تابعة للشيء المحلى بها هنا لا يجوز بيعه بجنس الحلية وأما إن كانت تابعة فيجوز لكن بالتعجيل أيضا لا بالتأخير على المشهور. انظر: شرح ميارة: ١/٤٨٤.

بأقلهما، إن كان الثلث، فدون يدًا بيد، وإن تقاربا بيع بالعَرضِ أو الفلوسِ. ثم رجع مالك، فقال: لا يباع بذهب ولا بورق على كل حال.

وبهذا أخذ ابن القاسم، وبالجواز أخذ ابن زياد وأشهب وابن عبد الحكم.

وأورد (ع) على المصنف أنه ذكر - إذا لم يكن أحدهما تبعًا للآخر - الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه بأحدهما، قال: وليس كذلك.

يريد: لأن ابن حبيب أجاز بيعه بكل واحد من النقدين، إذا كان مجموعهما تبعًا للسلعة، سواء كان أحدهما تبعًا للآخر، أو لا إذا كان نقدًا.

قاله في "الواضحة " بل قال اللخمي: ولم يختلف في الحلي يكون فيه ذهب وفضة ولؤلؤ وجوهر - والذهب والفضة الثلث فأقل، واللؤلؤ والجوهر الثلثان فأكثر - أنه يباع بأقل من ذلك كالسيف.

وقال صاحب " الإكمال": فإن كان فيهما عرض وهما الأقل بيع بأقلهما قولا واحدًا.

(ص): **والتبعية بالقيمة، وقيل: بالوزن**

(ش): القولان كالقولين المتقدمين.

(ص): **والمغشوش - مقتضى الروايات - جواز بيعه بصنفه الخالص وزنًا؛ لأنه كالعدم، وقيل: لا يجوز**

(ش): الظاهر أنه لم يرد بالروايات هنا أقوال مالك، وإن كان ذلك هو الاصطلاح، وإنما أراد منصوصات المذهب. ومعنى كلامه: أنه يؤخذ من روايات المذهب جواز إبدال المغشوش بالخالص وزنًا، وعدم الجواز حكاه ابن شعبان.

وحكى في "البيان" القولين صريحين، قال: والصحيح عدم الجواز؛ **لعدم** التماثل، ولم يقم دليل على تقديرهم الغش في القول الأول **كالعدم**، لكن الأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن القاسم في "المدونة"، وكلام غيره، وذلك هو الذي أشار إليه المصنف بالروايات؛ لقول ابن القاسم: ولا يعجبني بيع الدرهم الرديء - وهو: الذي عليه النحاس - بدرهم الفضة وزنًا بوزن، ولا بعرض؛ لأن ذلك داعية إلى إدخال الغش في أسواق المسلمين، ولكن يقطعه، ويجوز حينئذٍ بيعه إذا لم يغر به، ولم يكن يجري بينهم.

فقول ابن القاسم: يقطعه ويجوز حينئذٍ. يقتضي جواز بيعه بصنفه الخالص؛ لأنه

إنما منعه أولا للغش، وقد انتفى الغش. قال في "المدونة": وقال أشهب: إذا تقرر هذا، علمت أنهم إنما تكلموا في المغشوش الذي لا يجري بين الناس ويؤخذ من كلامهم: جواز بيع المغشوش بصنفه الخالص إذا كان يجري بين الناس كما بمصر عندنا، والأقرب حمل كلام المصنف على هذه الصورة، لا على الأولى، ثم قال أشهب - وهو مما أراده المصنف بالروايات - ويجوز إبداله على وجه الصرف بدراهم جياد وزنًا بوزنٍ، وهو يشبه البدل.

وقال صاحب " النكت " وابن يونس: وقول أشهب وفاق لقول ابن القاسم، ومراد أشهب: بعد كسره، وظاهر قول أشهب: جواز بدل المغشوش بالخالص ولو كثر مراطلة، وأبقاه ابن محرز وغيره على هذا الظاهر.

وتأوله ابن الكاتب واللخمي على أنه إنما يجوز عنده في القليل - الدرهمين والثلاثة -؛ لقوله: كالبدل.

ورد بأن قوله: وزنًا بوزنٍ، ينافي ذلك؛ لأن المبادلة لا يراعى فيها القدر بالوزن، وإنما الاعتبار بالعدد.

وتردد أبو عمران في قول أشهب، هل هو وفاق لقول ابن القاسم أو لا؟

(ص): **وكذلك المغشوش بالمغشوش**

(ش): أي: وكذلك تجوز مراطلة المغشوش بمغشوش مثله[1].

(ع): ولعل هذا مع تساوي الغش، وأما مع اختلافه فلا. انتهى.

وذكر صاحب " البيان " عن شيخه ابن رزق: أنه لا يجوز بدل المغشوش بالمغشوش؛ لأنه فضة أو ذهب ونحاس بذهب ونحاس. قال: ولا أقول به، بل أرى أنه جائز؛ لأن الفضة التي مع هذه كالفضة التي مع هذه، والنحاس كالنحاس، فلا يتقى في هذا ما يتقى في ذهبٍ وفضةٍ منفصلين بذهبٍ وفضةٍ منفصلين.

(ص): **ويكسر الزائف إن أفاد وإلا سبك**

(ش): أي: إن أُمِنَ مع قطعه أن يغشَّ به، وإن لم يُؤمَن، فلا بد من سبكه. قال في "البيان": ولا يحل أن يغش بها، ولا أن يبيعها ممن يغش بها، ويكره أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها كالصيارفة.

---

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣١٣.

واختلف في بيعها ممن لا يدري ما يصنع؟ فأجازه ابن وهب وجماعة من السلف وكرهه ابن القاسم، ورواه عن مالك.

ويجوز أن تباع ممن يكسرها، أو ممن يُعلم أنه لا يغش بها باتفاق، فإن باعها ممن يخشى أن يغش بها فليس عليه إلا الاستغفار.

وإن باعها ممن يُعلم أنه يغش بها وجب عليه أن يستردها، فإن لم يقدر فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب عليه أن يتصدق بجميع الثمن.

الثاني: أنه لا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمتها، لو باعها ممن لا يغش بها.

الثالث: لا يجب عليه أن يتصدق بشيءٍ منها، ولكنه يستحب.

(ص): **ويعتبر الربا بين العبد وسيده على المشهور**

(ش): أي: لا يجوز بين العبد وسيده ربا التفاضل ولا ربا النسيئة، والشاذ لابن وهب، إما لأن العبد لا يملك، وإما لأن السيد قادر على الانتزاع، وينبغي أن يقيد هذا بمن له انتزاع ماله؛ ليخرج المكاتب ونحوه، ولهذا قالوا: لو كان على العبد دين لم تجز مراباته باتفاق[1].

بعض المتأخرين: إلا أن يلتزم السيد بالدين فالخلاف، وليس خاصًا بالربا، بل يجري في فسخ الدين، وضع وتعجل، وحط بالضمان وأزيدك، وما أشبه ذلك.

(ص): **والمراطلة لقب في بيع العين بمثله وزنًا**

(ش): اعلم أن العين إن بيع بعينٍ مُخالِفٍ سمي: صرفًا، وإن بيع بمماثل، فإن كان وزنًا سمي: مراطلة، وإن كان عددًا سمي مبادلة.

و (المراطلة) مفاعلة؛ ومعناها: موازنة ذهب بذهب حتى كان أحدهما رطلا وُزن به الآخر.

والظرفية بـ (في) مجاز؛ أي: مستقرة في بيع العين بمثله وزنًا، ويحتمل أن تكون (في) بمعنى على.

واعترضه (ع) بأن هذا الحد غير مانع؛ لدخول ما ليس من المراطلة في اصطلاح

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٣.

الفقهاء فيه، وهو بيع الفضة بالذهب مثلا، قال: ولا يصح أن يريد بالمثلية النوع؛ لأن (وزنًا) تمييز لتلك المثلية.

وقد يجاب عنه: بأن (وزنًا) حال، و(بمثله) صفة لمحذوف يدل عليه ما تقدم؛ أي: بعين مثله حالة كونه موازنة.

والمراطلة جائزة في غير المسكوك بلا إشكال، وكذلك المسكوك على الصحيح، وهو قول أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن وغيرهما، وحمل عياض "المدونة" عليه.

ومنع ذلك القابسي إلا بعد معرفة الوزن؛ لئلا يؤدي إلى بيع المسكوك جزافًا، وإليه يرجع كلام الباجي.

ابن يونس: والأول هو الصواب؛ إذ لا غرر فيه؛ لأنه إنما يأخذ مثل ذهبه أو دراهمه.

عياض: وعلى قول القابسي إذا كانت عددًا، فلا بد من معرفة عدد الدراهم من الجهتين أو الدنانير بخلاف الوزن؛ لأن معرفة وزن أحدهما معرفةٌ لوزن الآخر، بخلاف العدد، إلا في مثل القائمة وشبهها المعروفة اتفاق، وزنها وعددها فمعرفة ما في الكفة الواحدة منهما، معرفة لما في الأخرى من وزن أو عدد.

(ص): **فإن كانا سواءًا أو أحدهما أجود جاز اتفاقًا، وإن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع وفاقًا**

(**ش**): أي: فإن كان الذهبان أو الفضتان متساويين في الجودة، أو كان أحدهما أجود جاز؛ لانحصار الفضل في جهةٍ واحدةٍ. وقاعدة هذا ونحوه: أنَّه متى انحصر الفضل من جانب جاز؛ لانتفاء قصد المكايسة، وإن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه أدنى، مثاله: لو كان لأحدهما درهم اسكندري ودرهم مغربي، وللآخر درهمان مصريان؛ لأن صاحب المصريين إنما ترك جودة مصرية الواحد بالنسبة إلى الإسكندري؛ لجودة درهم الآخر المغربي على جودة المصري، فيحصل التفاضل. ابن المواز: وقد خفف مالك في القطعة من الذهب تجعل مع الجيد من المالين؛ ليعتدل الميزان، يكون فيها ثمن أو سدس أو ثلث، إذا لم يغتز بها فضل عيون التي معها.

وظاهره: أنه قيد المنع بما إذا كان الرديء الذي مع الجيد كثيرًا، لكن قال محمد بإثر هذا الكلام: ما لم تكن القطعة رديئة.

مالك: وإن كان فيها قدر الدينار لم يجز، إلا أن تكون مثل المنفردة فأجود.

فرع

ابن يونس وغيره: ولا يجوز إذا رجح ذهب أحدهما أن يترك ذلك، ولا أن يأخذ عنه شيئًا.

(ص): **وأن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه مُساوٍ جاز، خلافًا لسحنون**

(ش): مثاله: درهمان مغربيان في مقابلة درهم مغربي ودرهم مصري، فالمذهب الجواز؛ لتمحض الفضل، ورأى سحنون أن الدنيء قد يقصد لشيء فيه، فيبقى فيه قصد المكايسة[1].

وثبت هنا في بعض النسخ ما نصه:

(ص): **قاسها على مُدَّي شعير بمد قمح ومد شعير؛ للذريعة**

(ش): أي: أن سحنون قاس المنع في هذه الصورة على ما منعه مالك وابن القاسم في صورة الطعام، وإن كان ابن حبيب أجاز مدي قمح بمد قمح ومد شعير، والجامع بينهما عند سحنون ما ذكره من الذريعة إلى التوصل للتفاضل؛ لأنهما لم يتبايعا على هذا الوجه، إلا لغرض لهما في المكايسة، إذ لو كان الغرض في المكارمة بالأجود لباعه بالأدنى، ولم يخلطا المساوي، فخلطهما دليل على قصد المبايعة.

وفرق اللخمي بأن المذهب يساوي ما كان ثمنه من سكة واحدة قطعًا، بخلاف الطعام، فإن الأغراض تختلف فيه.

(ع): وبقي عليه ما إذا كان بعضه أردى، وبعضه مساويًا، فأجازها أيضًا ابن القاسم، ومنعها سحنون.

وفيه نظر؛ لأنه إذا كان بعضه أجود وبعضه مساويًا، لزم ببديهة العقل أنه من الجانب الآخر أن أحدهما أدنى، والآخر مساوٍ، وهو واضح فليس هما صورتين، بل صورة واحدة. والله أعلم.

و(بعضه): يحتمل أن يكون مرفوعًا على الابتداء، و(أجود) خبره، ويحتمل أن يكون بدلا من أحدهما فينصب (أجود) خبرًا لكان.

(ص): **والوزن بصنجةٍ جائزٌ، وقيل: بكفتين**

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ١٦.

(ش): (الصنجة) - بفتح الصاد - معرب، قاله الجوهري.

ابن السكيت: ولا يقال: سنجة.

الجوهري: وكل ما استدار سمي كفة - بكسر الكاف - ككفة الميزان، وكفة الصائد، وهي حبالته، ويقال أيضًا كفة - بالفتح -.

وظاهر كلام المصنف: أن الخلاف في الجواز، وليس كذلك، بل لا خلاف في جوازها، وإنما الخلاف في الأرجح، فقيل: الأول أرجح؛ وهو: أن يزن أحدهما، ثم يزن الآخر بالصنجة التي وزن بها الأول؛ ليتحقق التماثل، سواء كان في الميزان عيب أم لا؟ وإليه ذهب صاحب " البيان"[(١)].

وقيل: الثاني أرجح، وهو: أن يضع هذا ذهبه من ناحية، والآخر ذهبه من الناحية الأخرى؛ لسرعة التناجز.

(ص): وفي اعتبار السكة والصياغة كالجودة طريقان، الأولى ثالثها تعتبر الصياغة خاصة

(ش): قد تقدم أن الجودة يدور بها الفضل من الجانبين، ولا خلاف في ذلك،

---

(١) ومراطلة عين بمثله بصنجة أو كفتين الخ. وسواء كانت الصنجة أو الحجر معلومة القدر أم لا كان الذهب والفضة مسكوكين أو أحدهما أم لا. كان التعامل وزناً أو عدداً، وإنما يشترط أن لا يدور الفضل من الجانبين كسكة متوسطة في الجودة تراطل بأدنى منها أو أجود. (أو) أي وأن بيع الجنس بالجنس (بالعد ف) هو (المبادلة) وهي جائزة في القليل والكثير إذا اتفق وزن الآحاد وكان التعامل بها عدداً فإن كان التعامل بالوزن لم يجز إلا بالوزن وتعود مراطلة كما في ضيح، وإن كان أحد العوضين أو بعضه أوزن من العوض الآخر بسدس فأقل والبعض الآخر مساوٍ امتنعت إلا في اليسير وهو ستة فدون على المشهور (خ): وجازت مبادلة القليل المعدود دون سبعة بأوزن منها الخ. وعليه فإذا بادله عشرين بعشرين وعشرة منها أوزن بأن يكون كل دينار أو درهم منها يزيد بسدس فأكثر على مقابله من الجانب الآخر امتنعت، وإن كان ستة منها فدون يزيد كل واحد منها بسدس فدون على مقابلة جازت بشرط أن يكون التعامل بالعدد كما مر، وأن تكون بلفظ المبادلة وأن يكون الزائد لمحض المعروف وأن تكون في مسكوك لا في مكسور وتبر، ولا يشترط اتحاد السكة كما في (ز) وأن تكون واحداً بواحد أو اثنين باثنين وهكذا إلى ستة لا واحد باثنين على مذهب مالك لأنه كره إبدال الدينار بأربعة وعشرين قيراطاً ولم يرخص فيه، وقال ابن القاسم: لا أرى به بأساً. ابن رشد: معناه في القراريط التي تضرب من الذهب كل قيراط من ثلاث جهات فتكون زنة المثقال أي الدينار أربعة وعشرين قيراطاً فيعطى الرجل المثقال ويأخذ أربعة وعشرين قيراطاً فكره ذلك مالك إذ لا يخلو من أن تزيد على المثقال أو تنقص عنه لأن الشيء إذا وزن مجتمعاً ثم فرق زاد أو نقص. انظر: البهجة: ٢/٤٤.

واختلف هل تعتبر السكة والصياغة كالجودة؟ على طريقين: الأولى فيها ثلاثة أقوال:

الأول: يعتبران؛ لأن الغرض يتعلق بهما كالجودة، فكانا كالعوضين مع التعيين وهو الظاهر.

الثاني: لا يعتبران؛ لأن الشرع إنما طلب المساواة في القدر خاصة، وهو منقوض بالجودة، وهو قول القابسي، واختاره ابن يونس.

(ع): وفهم الأكثرون "المدونة" عليه، ومنهم من تأولها على الأول.

الثالث: اعتبار الصياغة دون السكة؛ لأن الصياغة مقصودة لنفسها دون السكة، فإن المقصود لهما إنما هو العلامة.

(ص): **الثانية: تقييد الأقوال باتحاد العوضين، واعتبارهما إذا اختلف العوضان**

(ش): يعني: أن أصحاب الطريقة الثانية يرون أن الخلاف المذكور إنما هو: إذا اتحد العوضان وأما إن اختلفا حتى يقوى اختلاف الأغراض فيهما، فيتفق على اعتبارهما؛ إلحاقًا لهما بالجودة.

وهكذا نقل ابن شاس، وعليه مشاة (ر) وغيره. وعكس (ع) هذا التقدير، ولعله سهو منه.

(ص): **والمبادلة لقب في المسكوكين عددًا**

(ش): أي: لقب في بيع المسكوكين بشرط اتحاد النوع.

(ص): **وهي جائزة في العددي دون الوزني**

(ش): يعني: فلا تجوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بهما عددًا، وهو مراده بالعددي، وأما إن كان التعامل بهما بالوزن لم تجز إلا بالوزن، فتعود مراطلة، وكان الأصل منعها، إلا أنهم رأوا أنه لما كان التعامل بالعدد، رأوا أن النقص حينئذٍ لا ينتفع به صار إبداله معروفًا، والمعروف يوسع فيه ما لم يوسع في غيره بخلاف التبر وشبهه[1].

ولا يقال: هذا تكرار مع الأول؛ لأن الاول أفاد أن المبادلة: بيع مسكوك بمسكوك عددًا، وهو أعم من أن يكون التعامل في ذلك المسكوك وزنًا أو عددا. والثاني: أفاد اشتراط أن يكون التعامل بينهم فيه بالعدد، لا بالوزن.

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٧١.

اللخمي: ويشترط في الجواز أن تكون السكة واحدة.

(ص): **ويجوز إبدال القليل بأوزن منه يسيرًا؛ للمعروف والتعامل بالعدد**

(**ش**): أي: إذا كان التعامل بينهم بالعدد جاز إبدال الناقص بالوازن، بشرط أن يكون ذلك في القليل، وأن يكون دافع الأكثر قصد المعروف في حال كون التعامل بالعدد، ورأوا أن قصد المعروف مخصص للعمومات كما في القرض، ألا ترى أن بيع الذهب بالذهب نسيئة ممتنع، فإذا كان على وجه القرض جاز.

واحترز بـ (القليل) من الكثير، فلا يغتفر ذلك، و(بأوزن منه) من الزيادة في العدد فلا يجوز، وبـ (اليسير) مما لو كان أوزن منه كثيرًا؛ لأن اليسير هو الذي يسمح به في العادة غالبًا، فلذلك قصر الجواز على الرجحان اليسير في العدد اليسير.

(ص): **والثلاثة قليل، والسبعة كثير، وفيما بينهما قولان**

(**ش**): أي: فلا يجوز إبدال سبعة بأوزن منها؛ لزيادتها على ضعف أقل الجمع، ويجوز ذلك في الثلاثة اتفاقًا؛ لأنها أقل الجمع، ومذهب "المدونة" فيما بينهما - على ما في الأمهات -: الجواز؛ فإنه أجاز أن تبدل له ستة تنقص سدسًا سدسًا بستة وازنة على المعروف، والقول الآخر في "الموازية"، وأصلح سحنون "المدونة"، وجعل موضع الستة الثلاثة.

ومن شرط المبادلة: أن تكون بلفظ المبادلة، وأن تكون بغير مراطلة، وأن تكون واحدًا بواحد؛ احترازًا من واحد باثنين.

(ص): **واليسير: سدس في الدينار، وقيل: دانقان**

(**ش**): الدانقان: الثلث، وفي الجوهري: الدانق: السدس.

(ص): **والأنقص أجود ممتنع باتفاق**

(ش): أي: لا يجوز أن يبدل الناقص الأجود بالأكمل الأردأ اتفاقًا؛ لدوران الفضل من الجهتين[1].

(ص): **وإلا فجائز اتفاقًا**

(**ش**): أي: وإن لم يكن الأنقص أجود، بل كان مساويًا جاز؛ لتمحض الفضل من جهة واحدة.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٤.

وأورد (ع) إذا كان الأوزن أجود، فإن كلامه يدل على أنه متفق عليه، ونص الباجي على أنه مختلف فيه.

وأجيب: بأنه لما لم يكن بين الأزيد الأجود سكة، وبين الأزيد والأجود جوهرًا فرق اكتفى بذكر الخلاف في الأزيد الأجود سكة.

(ص): **والأزيد أجود سكة جائز عند ابن القاسم، ممتنع عند مالك، وهو مشكل، وعلل بأن السكك يختلف نفاقها، فتمنع كما منع القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض**

(**ش**): يعني: أن ابن القاسم أجاز بدل الأوزن الأجود سكة، كضرب ملك الوقت؛ لتمحض الفضل من جهة. ومنعه مالك وربيعة، واستشكل؛ لانحصار الفضل من جهة.

وعلل أبو الطيب ابن بنت خلدون قول الإمام: بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان، فربما كان الأدنى في بلدٍ أو في زمانٍ أنفق، فلا يتمحض الفضل.

وقاس المصنف ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض، ولو كان القمح أفضل؛ لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو بلد.

وعلله القابسي بأن الأصل منع التفاضل بين المذهبين، فخص الإجماع بدل الناقص بالوازن من سكة واحدة، وبقي ما سواه على الأصل.

(ص): **والقضاء بالمساوي والأفضل صفة جائز**

(**ش**): القضاء: أداء الدين، ثم لا يخلو: إما أن يكون عن قرض أو عن ثمن مبيع، والكلام الآن على الأول، وأما الثاني فسيأتي، ولا شك في جواز المساوي.

وأما بالأفضل في الصفة فالأصل في جوازه ما في الصحيح: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بَكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا. فقال: "أَعْطِهِ إِيَّاهُ، إِنَّ خَيْرَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً"[1].

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٣٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ومسلم برقم (١٦٠١) من حديث أبي رافع القبطي.
قال ابن بطال: قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض الدنانير والدراهم والحنطة والشعير والتمر والزبيب، وكل ما له مثل من سائر الأطعمة جائز،
=

ولهذا أجاز أصحابنا إذا كان التعامل بالعدد لمن استسلف عشرة دراهم ناقصة أو أنصافًا: أن يقضيه عشرة دراهم كاملة بغير خلاف.

فإن قيل: لا دلالة فيه؛ لأنه صلى الله عليه وسلم اقترضه للمساكين، وإلا فلو اقترضه لنفسه لما أعطاه من الصدقة؛ لكونها لا تحل له، وعلم صلى الله عليه وسلم أن المقرض مسكين، فأعطاه الزيادة لفقره.

قيل: التعليل ينافيه، لكن قد يقال: ظاهر التعليل يقتضي جواز الزيادة في الوزن والعدد.

فإن قلت: زيادته صلى الله عليه وسلم رخصة، والأصل منعها، ولا يصح على القياس على الرخص على الصحيح.

قيل: لم نتمسك بالقياس، وإنما تمسكنا بعموم النص. والله أعلم.

(ص): **وبالأفضل مقدارًا لا يجوز إلا في اليسير جدًا**، وقال **أشهب**: **مطلقًا**

(ش): أي: فإن قضاه أجود قدرًا، فلا يجوز إلا أن تكون الزيادة يسيرة جدًا، كما قال ابن المواز: مثل رجحان الموازين. وكذلك قال المازري: ظاهر المذهب النهي عن الزيادة إلا أن تكون في الوزن مثل رجحان الموازين.

وقال أشهب: تجوز الزيادة مطلقًا؛ أي: سواء كانت الزيادة اليسيرة مقيدة بـ (جدًا) أم لا.

وكذلك نقل اللخمي والمازري وابن يونس وابن شاس وغيرهم عن **أشهب**، وإنما نقلوا جواز الزيادة **مطلقًا**، قليلة كانت أو كثيرة، عن عيسى بن دينار وابن حبيب.

وَفَسَّرَ أشهب - في "الموازية" - الزيادة اليسيرة: بزيادة إردب أو إردبين في المائة أو درهم أو درهمين فيها. وهذا تقييد زيادة (جدًا) في القول الأول، كما ذكرناه.

وقوله: (بالأفضل مقدرًا) يريد في الوزن، وأما الأفضل عددًا فلا، وإن كان ظاهر لفظه يتناوله؛ لأن المشهور **لا** تجوز الزيادة في العدد.

قال في "الرسالة": ومن رد في القرض أكثر عددًا في مجلس القضاء، فقد اختلف

=

والشراء بالدين مباح لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة:٢٨٢] ألا ترى أن النبي اشترى الجمل من جابر في سفره ولم يقضه ثمنه إلا بالمدينة، وكذلك اشترى الشعير من اليهودى إلى أجل، فكان ذلك كله سننا.

في ذلك، إذا لم يكن فيه شرط، ولا وأي، ولا عادة، فأجازه أشهب، وكرهه ابن القاسم ولم يجزه.

وظاهره: أنه يجوز عند أشهب مطلقًا. وقد يتمسك بهذا في أن أشهب يجيز زيادة القدر مطلقًا؛ لأنه إذا أجاز في العدد، فأحرى في الوزن، لكن نقل ابن زرقون قول أشهب، وبين فيه أن أشهب إنما يجيز الزيادة اليسيرة في العدد.

(ص): **وبالأقل صفقة ومقدارًا جائز بعد الأجل ممتنع قبله**

(ش): جاز بعد الأجل؛ لأنه حسن اقتضاء، ومنع قبله؛ لأنه ضع وتعجل[1].

(ص): **فإن كان الفضل في الطرفين منع وفاقًا كالمراطلة**

(ش): مثاله: لو اقتضى تسعة محمدية عن عشرة يزيدية، فإنه يمنع سواء كان بعد الأجل أو قبله؛ لأنه ترك فضل العدد؛ لفضل المحمدية، وهو ظاهر.

(ص): **وثمن المبيع من النقود كالقرض**

(ش): يعني: أن من باع سلعة بدنانير، أو بدراهم، أو بعينٍ غير مسكوكةٍ، فإنه يعتبر في قضاء ثمن تلك السلعة مما يجوز ويمتنع ما اعتبر في قضاء القرض، إلا ما خصصه من جوازه بأكثر.

واعترضه (ع) بأن إطلاقه القضاء في القرض وتخصيصه ثمن المبيع بالنقود لا يصح؛ لإيهامه عموم حكم القرض بالنسبة إلى العين والطعام وخصوص الثمن بالنقود، وليس كذلك بل هما متساويان.

ورُدَّ: بأنَّ تخصيص المصنف صوابٌ؛ لأن قضاء الأفضل قبل الأجل في البيع ممتنع سواء كان عرضًا أو طعامًا؛ لما فيه من حط الضمان وأزيدك قولا واحدًا بخلاف القرض فإنه جائز، إلا أن يكون الفضل في النوعية كأخذ سمراء عن محمولة قبل الأجل، ففيه خلاف في "المدونة" وغيرها، فقد تبين الاختلاف في الطعام إذا كان ثمنًا وإذا كان قرضًا، فلهذا خصه المصنف بالنقود، كابن بشير وابن شاس.

---

(١) هل لأحدهما أن يراطل صاحبه في حظه؟ قال اللخمي: لو كان رجلان شريكين في حلي أو دينار أو درهم أو نقرة فباع أحدهما نصيبه من ذلك من شريكه بمثل وزنه جاز في الدنانير والحلي وهي كالمراطلة.

واختلف في النقرة فروى ابن القاسم عن مالك الجواز، وروى عنه أشهب المنع (وجزاف أرض مع مكيلها) ابن رشد: الجزاف مما أصله أن يباع جزافا ويجوز بيعه كيلا كالأرضين والثياب لا يجوز بيعه مع الكيل منه باتفاق. انظر: التاج والإكليل: ٣٩٥/٦.

(ص): ولم يختلف في جوازه بأكثر مقدارًا

(ش): لأنه حسن قضاء، وفي القرض سلف جر منفعة، فافترق.

(ص): والسكة والصياغة في القضاء كالجودة اتفاقًا

(ش): يعني: أن حكمها إذا كانا في مقابلة التبر والقراضة حكم الجودة بالاتفاق، فحيث يمتنع فيها يمتنع هنا.

مثاله: لو كان له عنده عشرة مسكوكة أو مصوغة، فاقتضى عنها عشرة تبرًا أطيب.

(ر): وإنما اتفق على اعتبارها في الاقتضاء، واختلف فيهما في المراطلة؛ لأن المراطلة لم يجب لأحدهما قبل الآخر شيء، فيتهم في ترك الأفضل لأجل ما أخذ، وأما ههنا قد وجب له ذهب مسكوك أو مصوغ، فإذا أخذ عنه تبرًا أجود فيتهم أن يكون ترك فضل السكة والصياغة؛ لفضل الجودة.

والاتفاق الذي حكاه المصنف إنما هو فيما بين المسكوك والمصوغ والتبر، لا فيما بين المصوغ والمسكوك؛ لأنه اختلف في جواز اقتضاء المسكوك عن المصوغ على قولين حكاهما (ع) وغيره.

(ص): وخرج اللخمي - مما إذا باع أو أسلف قائمةً وزنًا جاز أن تُقضى مجموعة وزنها - إلغاءهما، ورده ابن بشيرٍ بأن التعامل بالوزن يلغى معه العدد

(ش): يعني: وخرج اللخمي إلغاء السكة والصياغة من مسألة "المدونة" وهي: إذا باع القائمة بالوزن، أو أسلف قائمةً بالوزن جاز أن يأخذ مجموعة بوزنها؛ لأنه قد ألغى الجودة؛ إذ لو اعتبرها لمنع اقتضاء المجموعة عن القائمة؛ لأن القائمة فضلت المجموعة بالجودة، والمجموعة فضلت بالعدد[1].

و (إلغاءهما) مفعول (خرج)، و(قائمة)، فينازعه (باع أو أسلف)، وأعمل فيه (أسلف)، و(وزنًا) حالٌ.

واعترض (عٌ) التخريج بأن دوران الفضل إنما يكون حيث يكون في كل منهما ما ليس في الآخر، وليس هنا كذلك؛ إذ القائمة والمجموعة مشتركتان في السكة، ولئن سلم صحة هذا التخريج في السكة، فلم قلت: أنه يلزم مثله في الصياغة؟ فإن الأمر فيها أشد عند بعض كما تقدم.

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٧٢.

رد بوجهين:

الأول: بأن الجهتين هنا كما ذكرنا.

الثاني: بأنه إنما يرد لأجل أن المصنف لم يذكر الصورة التي خرج منها اللخمي إلغاء الصياغة، ولو ذكرها لم يأت، وهي: من أصدق زوجته مائة دينار، ثم قضى وزنها من الحلي، فمنع ذلك في "الموازية" قال فيها: ويفسخ إن وقع؛ لأن الدنانير لها فضل السكة، وليس ذلك في الحلي، وللحلي فضل الصياغة، وليس ذلك للدنانير، وأجاز في "مختصر ابن عبد الحكم " بناء على إلغاء الصياغة والسكة، وعلى ذلك خرج اللخمي.

وردَّ ابن بشير تخريج اللخمي بأنَّ العدد إنما يعتبر إذا كان التعامل به، وأما إذا كان بالوزن فلا؛ لأن العدد حينئذٍ مطروحٌ؛ لأنها لما رتبت في الذمة بالوزن، فلم يدخل إلا عليه.

(ع): وهذا الرد ضعيف؛ لأنه غير محل النزاع؛ لأنَّ كلام اللخمي إنما هو في السكة والصياغة لا في العدد.

ورُدَّ: بأن اللخمي استقرأ إلغاء السكة بناءً على اعتبار العدد؛ لأنَّ الفضل إنما يدور من جهتين إذا كان العدد معتبرًا، فرده ابن بشير: بأن العدد هنا غير معتبر فلم يدر الفضل من جهتين، لكن صورة " الموازية" و"والمختصر " يتصور فيها هذا الرد.

(ص) **ولو قطعت الفلوس فالمشهور المثل**

(**ش**): أي: ولو باعه بفلوس، أو أسلفه، فقطع التعامل بها، فالمشهور أنه لا يلزمه إلا مثلها؛ لأنها من المثليات.

وذكر ابن بشير أن الأشياخ حكوا عن " كتاب ابن سحنون": أنه يقضى بقيمتها.

وظاهره: بقيمة الفلوس، لكن حكى بعضهم عن " كتاب ابن سحنون " أنه يتبعه بقيمة السلعة.

وعلى هذا فالشاذ في كلامه متنازع في معناه، لكن ذكر المازري عن شيخه عبد الحميد أنه أوجب قيمة الفلوس؛ لأنه أعطى شيئًا منتفعًا به لأخذ شيء منتفعٍ به، فلا يظلم بأن يعطى ما لا منفعة فيه.

وألزمه اللخمي عليه أن من أسلم في طعام، ثم صار الطعام لا يساوي شيئًا له قدر أن يبطل السلم.

وأجاب المازري: بأن الأصل في السلم أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عندك، لكن

رخص فيه لأجل الرفق، والارتفاق الذي سببه الرخصة إنما هو اختلاف الأسواق، ولهذا لم يجز مالك السلم الحال فلو أثر اختلاف الأسواق فسخه - وهو السبب في جوازه وصحته - لكان كالمتناقض، بخلاف الدنانير والدراهم.

(ص): **فلو عُدِمَت فالقيمة وقت اجتماع الاستحقاق والعدم**

(ش): اعلم أنَّ اجتماعهما لا يحصل إلا بالأخير منهما، وحاصله: أنه إن كان الاستحقاق أولا، فليس له القيمة إلا يوم العدم، إن كان العدم أولا، فليس له القيمة إلا يوم الاستحقاق، وهذا كأقصى الأجلين في العدة، وما ذكره المصنف من وجوب القيمة يوم اجتماع الاستحقاق والعدم هو اختيار اللخمي وغيره[1].

وقال بعض الشيوخ: تؤخذ منه القيمة يوم التحاكم؛ لأنه لم تزل في ذمته إليه.

(ص): **وفيها: لا تقتضى المجموعة من القائمة والفرادى، وتقتضى القائمة منهما، وتقضى الفرادى من القائمة دون المجموعة**

(ش): نسبها إلى "المدونة" لإشكالها لما سيذكره من قوله: (وتقتضى) إلى آخره، وإنما لم تقض المجموعة من القائمة والفرادى؛ لأن القائمة والفرادى أطيب، والمجموعة أكثر عددًا، فدار الفضل، وجاز اقتضاء القائمة منها؛ لأن القائمة أوزن منهما، فجاز اقتضاؤها منهما لانفرادها بزيادة ليس فيهما، وجاز اقتضاء الفرادى من القائمة؛ لانفراد القائمة بفضل الوزن، ولم يجز اقتضاء الفرادى من المجموعة لدوران الفضل؛ إذ الفرادى أطيب، والمجموعة أكثر عددًا.

اللخمي: وهذه الثلاثة في الاقتضاء على ثلاثة أوجه: فيجوز في القائمة والفرادى أن تقتضى بعضها من بعض من غير مراعاة، ولا يجوز في الفرادى والمجموعة أن تقتضى بعضها من بعض على حال، ويجوز أن تقتضى القائمة من المجموعة، ولا تقتضى المجموعة من القائمة. هذا قوله في الكتاب، والصواب أن يجوز اقتضاء المجموعة من القائمة، كما يجوز اقتضاء القائمة منها.

(ص): **فالمجموعة: المجموع من ذهوبٍ، ومن وازنٍ وناقصٍ**

(ش): أخذ يُفسِّر معاني هذه الألفاظ، وقوله: (ذهوب)، أي: ذهوبٍ مختلفةٍ من جيدٍ ورديء، وكذلك قال ابن شاس، ولم يذكر في "المدونة" وغيرها في تعريفها إلا

---

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣١٥.

الاختلاف في الوزن. والذهوب: جمع ذهب ويجمع على أذهاب، قاله الجوهري.

(ص): **والقائمة: جيدة تزيد إذا جمعت**

(**ش**): أي: هي نوع واحد، جيدة كاملة في قدرها، إذا جمعت منها المائة تزيد مثل الدينار. وهكذا في "المدونة".

(ص): **والفرادى: جيدة تنقص بيسيرًا**

(**ش**): هي: كالقائمة إلا أنها تنقص الدينار في المائة، وهي أجود من المجموعة، وأردى من القائمة. قاله المازري.

(ص): **فللقائمة فضل الوزن والجودة**

(**ش**): أي: عليهما.

(ص): **وللمجموعة فضل العدد**

(**ش**): أي: عليهما[1].

(ص): **وللفرادى فضل العدد والجودة**

(**ش**): لها فضل الجودة بالنسبة إلى المجموعة، وأما العدد فليس كذلك؛ لأن عددها وعدد القائمة واحد، والمجموعة أفضل عددًا، كما تقدم.

(ص): **ومقتضى منع المجموعة من القائمة منع القائمة منها، وفرق بأن المجموعة لما ثبتت في الذمة - والاعتبار فيها بالوزن - ألغي العدد فصار الفضل من جهة واحدة**

(**ش**): أي: ومقتضى منع اقتضاء المجموعة من القائمة منع اقتضاء منها؛ لأن للمجموعة فضل العدد، وللقائمة الوزن والجودة فدار الفضل. وقد قيل: يمتنع اقتضاء كل منهما عن الأخرى لهذا، وقد ذكرنا أن اللخمي أجاز اقتضاء كُلٍّ من الأخرى.

وفرق ابن أبي زيد بأن المجموعة إذا تقدم ترتيبها في الذمة، فإنما دخل صاحبها على الوزن فقط؛ لأنه لم يترتب له عدد معلوم، ولو أعطاه أقل ما يمكن من العدد ما كان له أن يمتنع، ولا يدري ما يعطيه، بخلاف ما إذا تقدمت القائمة في الذمة، فإنه قد ترتب له عددٌ، فإذا قضاه مجموعةً، فإن النفس إذ ذاك تتشوف إلى زيادة العدد فافترقا.

(ص): **المطعومات ما يعد طعامًا لا دواءً**

(**ش**): لما انقضى كلامه على النوع الأول من الربا، أتبعه بالكلام على النوع الثاني،

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ١٨.

وليس المراد بالمطعوم ما له طعمٌ، بل الأخص، وهو: ما كان مقتاتًا مدَّخرًا في زمانه صلى الله عليه وسلم في سائر الأقطار، ولا خلاف بين الناس أن الحكم ليس مقصورًا على الأربعة المذكورة في الحديث الصحيح، أعني: قوله صلى الله عليه وسلم: "الْبُرُّ بِالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلا بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَمَنْ زَادَ وَاسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"[1].

واختلف في العلة؛ فقيل: المالية، فكل مالين من جنسٍ واحدٍ يحرم فيه التفاضل، فلا يباع ثوب بثوبين، ونسبه بعضهم لابن الماجشون.

المازري: وأنكر بعضهم هذا النقل، وأضاف الغلط لناقله.

ومذهب الشافعي أنها: الطعم في الجنس الواحد.

ومذهب أبي حنيفة أنها: الكيل مع الجنس.

ومذهب ربيعة أنها: مالية الزكاة.

وليس الغرض هنا الحجاج مع الخصوم، ولا التطويل بالتوجيه والفروع، بل ذكر ما لا بد منه مما يتعلق بكلام المصنف.

(ص): والعلة: الاقتيات وفي معناه: اصطلاحه، وقيل: الادِّخار، وقيل: غلبته، وقيل: الاقتيات والادِّخار، وعليه الأكثر، وقيل: أو التَّفكُّه والادِّخار، وأنكره اللخمي، وقال القاضيان: الاقتيات والادخار للعيش غالبًا، وأنكره اللخمي

(ش): انظر: كيف قدم القول بالاقتيات! وهو خلاف ما عليه الأكثر ولعله - والله

(١) أخرجه البخاري: رقم (٢١٧٠).

قال ابن بطال: قال مالك: وإذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب، فلا بأس باثنين منه بواحد يدا بيد، لا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة، وصاع من تمر بصاعين من زبيب، وصاع من حنطة بصاعين من تمر فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل. قال: ولا تباع صبرة الحنطة بصبرة الحنطة، ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدًا بيد. قال مالك: وكل ما اختلف من الطعام أو الإدام فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعضه جزافًا يدًا بيد، وشراء بعض ذلك ببعض جزافًا كشراء بعض ذلك بالذهب والورق جزفًا. واتفق أهل الحجاز والعراق على أن التفاضل جائز في كل ما اختلف أجناسه من الطعام؛ لأنه إذا اختلف أجناسه اختلفت أغراض الناس فيه؛ لاختلاف منافعه، فلذلك جاز بيعه متفاضلا، وكل ما جاز فيه التفاضل جاز بيع بعضه ببعض جزافًا معلومًا بمجهول، ومجهولا بمجهول، ما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز بيعه جزافًا، ولا يباع معلوم بمجهول، إلا أن مالكًا يجعل البر والشعير والسلت صنفًا واحدًا لا يجوز فيه التفاضل أحدهما لصاحبه.

أعلم - لما سيقوله: إن لبن الإبل يقوي الاقتيات. يعني: أنه اختلف في العلة في مذهبنا، فقال القاضي إسماعيل وابن بكير: العلة: الاقتيات. وفي معنى الاقتيات: اصطلاحه؛ ليدخل الملح والتوابل. والقول بالادخار لابن نافع، وبغلبته لمالك هكذا قال الباجي وغيره[1].

ويظهر الفرق بين الادخار وغلبته في العنب الذي لا يزبب، والرطب الذي لا يتمر، فعلى الادخار يخرج وعلى غلبته يدخل.

وما نسبه المصنف للأكثر عليه تأول ابن رشد مذهب الكتاب.

وقوله: (وقيل: أو التفكه)؛ يعني: أن هذا القائل يرى أن العلة: الاقتيات مع الادخار أو مع التفكه. وذكره الأبهري عن بعض الأصحاب، فقال: من أصحابنا من يعلل الأربعة التي في الحديث بثلاث علل:

فالبر: مقتات مدخر، فكل مقتات مدخر، فهو مردود إليه.

والتمر: متفكه مصلح للقوت، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله.

والملح: مؤتدم فكل ما وُجِدَ فيه، فهو مثله.

والقول بأن التمر متفكه غلط؛ لأنه كان في المدينة أصلا للعيش، وكذلك مدائن التمر، هو العمدة في أقواتهم. ويلزم القائل بأنه متفكه أن يسقط الزكاة منه، أو يوجب الزكاة في الفواكه.

و (القاضيان): ابن القصار وعبد الوهاب. وتأوَّلَ أبو جعفر القرطبي مذهب "المدونة" على مذهبهما.

و (أنكر اللخمي) التعليل بكونه أصلا للعيش غالبًا، قال: وإنما يحسن أن يكون

---

(١) ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منه" أي من الطعام "إلا في الخضر والفواكه" شمل كلامه ما يدخر منها وما لا يدخر وهو مخالف لقوله سابقا فيما يدخر من الفواكه اليابسة لكن قدمنا أن المشهور جواز التفاضل فيها والفرق بين جواز ذلك في الخضر والفواكه وبين منعه في الطعام أن الطعام فيه الاقتيات والادخار بخلاف هذا فإنه وإن ادخر بعضه لا يقتات غالبا ولما ذكر أن الجنس الواحد لا يجوز إلا مناجزة أراد أن يبين ما هو فقال: "والقمح والشعير والسلت" نوع من الشعير ليس له قشر كأنه حنطة "كجنس واحد فيما يحل منه ويحرم" أي لتقاربها في المنفعة وقوله فيما يحل أي من التناجز والتماثل وقوله ويحرم أي من عدم ذلك "والزبيب كله" أعلاه وأدناه أحمره وأسوده "صنف" واحد يجوز فيه التماثل ويحرم فيه التفاضل "و" كذلك "التمر كله" على اختلاف أنواعه قديما وجديدا "صنف" واحد يجوز بيع بعضه ببعض متماثلا ويحرم متفاضلا. الثمر الداني ٤٩٨/١.

هذا تعليلا لوجوب الزكاة، ولهذا لم تجب الزكاة في الجوز واللوز وما أشبهه.

وفي "الموطأ": أن الجوز ونحوه ربوي. وهو قول ابن حبيب. وفي "المدونة" ما يدل عليه؛ لأن فيها: وكل طعام أو إدام يدخر، فلا يجوز التفاضل فيه، إلا ما لا يدخر من رطب الفواكه، كالرمان والتفاح والخوخ.

(ص): ولبن الإبل يقوي الاقتيات، وأجيب: بأن دوام وجوده كادخاره وبالخلاف في الموز

(ش): يعني: أن اتفاق أهل المذهب على أن لبن الإبل ربوي، دليل على أنه يكفي وصف الاقتيات فقط.

وأجيب: بأنه وإن تخلف عنه وصف الادخار، لكن خلفه ما يقوم مقامه، وهو: دوام الوجود.

وأجيب أيضًا: بأن الخلاف في الموز، هل هو ربوي أم لا؟ وليس بمدخر، إلا أن دوام وجوده يقوم مقام ادخاره. ومذهب "المدونة" و"الموطأ " جواز التفاضل في الموز. قال في "البيان": وهو الصحيح خلافًا لابن نافع.

(ص): فما اتفق وجودها فيه فربوي، كالحنطة والشعير والسلت والعلس والأرز والدخن والذرة والقطاني والتمر والزبيب والملح واللحم والزيتون والخردل والقرطم وبذر الفحل؛ لما يعتصر منها والبصل والثوم، وتردده في التين؛ لأنه غير مقتات بالحجاز، وإلا فهو أظهر من الزبيب

(ش): (ع): الضمير المضاف إليه (وجودها) عائد على الاقتيات والادخار، وكأنه وقع في نسخته: وجودهما على التثنية، وفيه نظر، فإن الموجود فيما بأيدينا من النسخ: وجودها؛ ولأن غرض المصنف أن تُجعل الأقسام الثلاثة: قسم اتفق على أنه ربوي، ومقابله، والثالث: مختلفٌ فيه. ولا يحصل الاتفاق بمجرد حصول الاقتيات والادخار؛ لأن من يشترط في الادخار للعيش غالبًا، لا يكتفي بمطلقه[1].

والذي يؤخذ من كلام ابن شاس أنه عائد على الثلاثة: الاقتيات والادخار والاتخاذ للعيش غالبًا، فإنه قال: وينقسم الطعام على ثلاثة أقسام: قسم اتَّفَق أهل المذهب على أنه ربوي، وهو: ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة، فكان مقتاتًا مدَّخرًا

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٧٤.

متخذًا للعيش غالبًا.

(خ): ويمكن عوده على الستة، وعلى ذلك مشَّاه (ر).

فإن قيل: المصنف مثل بأشياء لم يتفق وجودها في بعضها، (كالملح والزيتون)، وما بعده.

قيل: ينبغي أن يكون في الكلام حذف معطوف؛ أي: فما اتفق فيه وجودها أو كان مصلحًا للقوت.

(ر): ويرد على المصنف وابن شاس قول ابن القاسم في "المستخرجة": أن كل زريعة تؤكل ويستخرج من حبها طعام، فلا تباع حتى تستوفى، ولا يباع منها اثنان بواحد، وكل زريعة لا تؤكل ولا يستخرج من حبها ما يؤكل، فتباع قبل أن تستوفى، ويباع منها اثنان بواحد، وتباع بعضها ببعض إلى أجل.

فعلى هذا يباع حب الفجل الأحمر بعضه ببعض إلى أجل، وهو خلاف ما في "الجواهر". انتهى.

و (الربوي) - بكسر الراء - منسوب إلى الربا.

و (السلت) قال في "المشارق": حب بين البر والشعير، لا قشر له.

الجوهري: (العلس): ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر واحد، وهو طعام أهل صنعاء.

و (القطاني)، مفردة: قطنية، عياض: بضم القاف وكسرها وتسهيل الياء.

و (الفجل) - بضم الفاء - الجوهري: هو معروف واحده فجلة. وكذلك قال في (الثوم): معروف.

وذكر الجوهري في (الأرز) ست لغات: أَرُز وأُرُزٌّ، تتبع الضمة الضمة، وأُرْزٌ وأُرُزٌ، مثل: رُسْلٍ وَرُسُلٍ، وَرُزٌّ وَرُنْزٌ.

و (الخردل) بالدال المهملة. ابن قتيبة: ويقال: (قرطم) بالضم والكسر.

والأظهر في (التين) أنه ربوي؛ لما قاله المصنف: أنه أظهر من الزبيب. وقد ذكر صاحب " التلقين " فيه خلافًا.

(ص): وما لم يوجد فيه أحدها فغير ربوي كالخس والهندباء والقضب والفواكه التي لا تقتات ولا تدخر، وكذلك ما ليس بمطعوم كالصبر والزعفران والشاهترج

(ش): (الخس) - بالفتح - معلوم.

و (الهندباء) - بالمد ويقصر - ويقال: هندَبا، هندَبات - بفتح الدال - وهو: البقل.

و (القضب)، وهو: الفصفصا، وهو من العلف.

وقوله: (كالفواكه)، أي: كالبطيخ والقثاء والأترج.

الجوهري: و(الصبر) - بكسر الباء - هو: الدواء المر ولا يسكن إلا في ضرورة الشعر.

ونقل ابن سحنون إجماع العلماء على أن الزعفران ليس بطعام، ويجوز بيعه قبل قبضه.

(ص): وما اختلف فيه فقد يكون كذلك، كاللوز والفستق والجوز والبندق والجراد؛ لأنه يدخر ولا يقتات، أو لا يدخر للاقتيات

(ش): الإشارة **بذلك** للخلاف في العلة، فإنه قد يوجد في شيءٍ أحدُ الأوصاف، فإنَّ الجوز واللوز والبُندق والجراد يُدَّخر، ولا يقتات[1].

المازري: والمعروف من المذهب أن (الجراد) ليس بربوي، خلافًا لسحنون.

وذكر سندٌ أن ظاهر المذهب أنه ربوي، واختاره اللخمي. ونسب اللخمي القول بأنه ليس بربوي لأشهب.

وقوله: (لأنه يدخر ولا يقتات، أو لا يدخر للاقتيات)، (ر): والضمير في (لأنه) يحتمل أن يعود على الجراد؛ لأنه أقرب مذكور، ويحتمل أن يعود على الجميع، وجوز (ع) فيه وجهين:

أحدهما: أن يرجع قوله: (لأنه يدخر ولا يقتات)، لما قبل الجراد، ويرجع قوله: (أو لا يدخر للاقتيات) للجراد خاصة؛ لأنه يقتات، ولا يدخر **لذلك** فيكون (أو) للتفصيل.

والثاني: أن تكون (أو) للإفهام، ويكون القسمان راجعين إلى مجموع ما تقدم.

و (الفستق) بضم الفاء، وفتح التاء.

و (البندق) بضم الباء والدال، وفيه لغة أخرى بالفاء عوض الباء.

(ص): وكاللبن لأنه يقتات ولا يدخر

(ش): أي: أن اللبن مما اختلف فيه؛ لأنه وجد فيه الاقتيات دون الادخار.

---

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣١٧.

فإن قيل: وقد ذكر أولا ما يقتضي أنَّه غير مختلف فيه؛ لأنه لو كان الاختلاف حاصلا فيه لما تمت التقوية، وقد تقدم أنهم جعلوا دوام وجوده يقوم مقام ادِّخاره، فكيف يعده من المختلف فيه؟

فجوابه: أن فيه خلافًا، ولكنه ضعيف، وسيذكره المصنف، وهو قوله: (والمعروف أن اللبن مطلقًا ربوي)، وذلك كاف في وجود الخلاف، ولا ينافي التقوية.

وهذا الخلاف إنما هو في اللبن الممخوض، وأما الحليب بالحليب، والجبن بالجبن والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، فيمتنع التفاضل في ذلك بالاتفاق، صرح بذلك اللخمي.

(ص): **وكالعنب الذي لا يزبب والرطب الذي لا يتمر؛ لأنه يدخر غالبه، أو لا يدخر**

(**ش**): هذا ظاهر مما تقدم[1].

(ص): **وكالرمان والكمثرى والخوخ مما يدخر في قطر دون قطر؛ لأنه يدخر ولا يدخر غالبه أو لا يقتات**

(**ش**): القول بأنه ربوي لابن نافع، وأجاز مالك في "الموطأ " التفاضل في الرمان، والمشهور - وهو مذهب "المدونة" -: جواز التفاضل في الخوخ والرمان وشبهه، بناءً على اعتبار الادخار الغالب، وأنه لا يلتفت إلى الادخار النادر. والفرق بين هذا وبين العنب الذي لا يزبب: أن العنب غالبه يدخر، وهذا على العكس، ولأن ذلك في المقثأة، وهذا في الفواكه.

و (الكمثرى) - بفتح الميم المشددة، والثاء المثلثة - الجوهري: الواحدة كُمَّثْرَاةٌ.

(ص): **وقد يكون لتحقيق العلة كالبيض، قيل: يدَّخر، وقيل: لا يدخر، وقيل: يقتات، وقيل: لا**

(**ش**): هذا الذي يقول الفقهاء فيه: خلافٌ في شهادة، وخلاف في حال. والمشهور في البيض أنه ربوي. وذكر ابن شعبان قولا بجواز التفاضل فيه، واختاره الباجي، وقال: إنه مقتات. وقال ابن بشير: إنه ليس بمقتات[2].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٧.

(٢) قال ابن سلمون عن ابن حبيب: أجاز مالك رحمه الله فيما لا يكال من الطعام الذي لا يجوز التفاضل فيه، وإنما يباع وزناً كاللحم والخبز وفيما لا يباع وزناً ولا كيلا كالبيض أن يقسم =

ونصَّ المتيطي على أن القولين في البيض روايتان.

محمد: والبيض كله صنف، بيض ما يستحيى، وبيض ما لا يستحيى، وبيض ما يطير، وبيض ما لا يطير.

(ص): **كالسكر والعسل**

(**ش**): يعني: أنهما مما اختلف فيهما؛ لتحقيق العلة، هل هما طعامان أو دواءان؟ والأقرب في العسل أنه ملحق بالإدام؛ لغلبة هذا المعنى فيه في أكثر البلاد، دون السكر، وقد نص في "المدونة" على أن السكر ربوي.

(ص): وكالتوابل: **كالفلفل والكزبرة والآنيسون والشمار والكمونين، قال ابن القاسم: مطعوم مصلح للقوت مدخر، وقال أصبغ: دواء، بخلاف البصل والثوم**

(**ش**): عياض: (الفُلفُل)، بضم الفائين[1].

الجوهري: (الكزبرة) - بضم الباء وقد تفتح - وأظنه معربًا. وقال عياض: (الكسبرة) - بضم الكاف والباء - ويقال: بالزاي أيضًا، وكلامه ظاهر التصور أيضًا.

ونسب المصنف لأصبغ أن الفلفل وما عطف فيه دواء.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وليس كذلك، إنما خالف في (الآنيسون والشمار والكمونين) ففي "المدونة": قال ابن القاسم: والشمار والآنيسون صنف، وذلك كله من الطعام. وقال أصبغ ومحمد في هذه الأربعة: ليست من الطعام وهي من الأدوية، إنما التوابل التي من الطعام: الفلفل والكرويا والكزبرة والقرفة والسنبل. قال: وإنما وهمه في ذلك ابن شاس، فإنه ذكر التوابل ولم يعدها، ونسب الخلاف فيها إلى ابن القاسم وأصبغ. انتهى.

ذكر المازري أنه اختلف في التوابل، قال: كالفلفل والكمون والكرويا، هل هي من الربويات أم لا؟

وقوله: (بخلاف الثوم والبصل)؛ أي: أنهما لم يختلف فيهما أنهما ربويان؛ لأنهما مصلحان للقوت وهما جنسان مختلفان، حكاه ابن المواز عن مالك.

=

بالتحري، وذلك فيما قل لأن التحري يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحري. انظر: البهجة: ٢/٢١٥.

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٢٠.

(ص): وكالحلبة وفيها طريقان: الأولى: ثالثها: الخضراء مطعوم واليابسة دواء، والثانية الثالث

(ش): أي: ومما اختلف فيه لتحقيق العلة: (الحبة)، وفيها طريقان:

الأولى: فيها ثلاثة أقوال:

الأول - لابن القاسم في "الموازية" - : إنها طعام مطلقًا.

والثاني - لابن حبيب -: إنها دواء.

والثالث - لأصبغ في "الموازية" -: أن الخضراء طعام واليابسة دواء.

ورأى بعض المتأخرين هذا التفصيل تفسيرًا، وأن المذهب على قول واحد.

وعلى هذا فالخلاف في الحلبة إنما هو هل هي طعام أو دواء؟ لا في أنها ربوية أم لا. وكلام المصنف يوهم ذلك؛ لأنه إنما تكلم في الربوي. والله أعلم.

(ص): وكالطلع والبلح الصغير، وقيل: والكبير، ولم يختلف في البسر أنه ربوي

(ش): اعلم أن الخلاف الذي في (الطلع والبلح الصغير والكبير) إنما هو: هل هو طعام أو ليس بطعام؟ وهكذا ذكر ابن شاس وغيره. ومذهب "المدونة" في البلح الصغير: أنه علف، وإذا كان كذلك فالطلع أحرى، وفي "الموازية": لا بأس بالطلع بالطلع متفاضلا، وبصغير البلح، وكذلك الجمار. والطلع طعام، فلا يصلح بالطعام إلا يدًا بيد. نقله ابن يونس.

وكذا ذكر اللخمي الخلاف في (البلح الصغير)، وقد اختُلف فيه: هل لَهُ حكم الطعام؟ فقال مالك: هو علف، وقال ابن القاسم: هو بمنزلة البقل.

قال: وأرى أن ينظر إلى العادة فيه، فإن كانوا يريدونه للعلف، واستعماله للأكل قليل، فله حكم العروض، وإن كانوا يريدونه للأكل، وغيره نادر، وكان استعماله في الأكل كثيرًا فله حكم الطعام.

وأما (البلح الكبير)، فليس الخلاف فيه هل هو طعام أو لا؟ وإنما الخلاف فيه: هل هو طعام ربوي يحرم فيه التفاضل؟ وفي "المدونة": لا يجوز إلا مثلا بمثلٍ. وهو المشهور.

وقال الشيخ أبو إسحاق: ليس هو بربوي؛ لأنه لا يدَّخر، فأشبه الخضروات. اللخمي: هو أحسن؛ لأنه غير مدخر.

وكذلك البلح الكبير بالبسر أو بالتمر، قال مالك: لا خير فيه. وقال في "مختصر ما

ليس في المختصر": تركه أحب إلي، وعسى أن يجوز. قال: وهذا أقيس؛ لأنه قد يدخر ما ليس بمدخر.

إذا تقرر ما ذكرناه فكان ينبغي للمصنف أن لا يخلط البلح الصغير مع الكبير والطلع؛ لأن الخلاف فيهما متباين كما ذكرنا، وخلطه لهما ملزمٌ لأحد أمرين؛ لأن ظاهر كلامه أن في البلح الكبير طريقين، فإن أراد أن الطريقين في أنه طعام أو لا فليس كذلك؛ لأنه طعام اتفاقًا، وإنما اختلف هل هو ربوي أم لا؟ وإن أراد أن الطريقين في أنه ربوي أم لا - وعليه حمله بعضهم - فيبقى كلامه أنه يفيد: أن في البلح الصغير قولا بأنه: ربوي وليس بموجودٍ.

(ص): **والمعروف أن اللبن مطلقًا ربوي، وخرج اللخمي من "المدونة": ويجوز سمن بلبن قد أخرج زبده، فقال: لو كان ربويا لكان من الرب باليابس، ورده ابن بشير: بأن السمن نقلته الصنعة والنار**

(**ش**): مقابل المعروف لِلَّخمي، فإنه رأى جواز التفاضل بين المخيض والمضروب، فإن قلت: لِمَ لَم يجعل في مقابل المعروف تخريج اللخمي؟ قيل: لأنَّهُ لو أرادَ ذلك لقال على المنصوص، كما هو الأغلب في كلامه.

فإن قلت: اللخمي إنما رأى ذلك اعتمادًا على فهمه من "المدونة".

قيل: لا، بل ذكر أولا التخريج، ثم ذكر بعد ذلك رأيه فيه، وسيظهر لك ذلك من لفظه.

ومراد المصنف بـ (الإطلاق): سواء كان لبن إبل أو غيره، مضروبًا أو غيره.

ابن بشير: ولم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربويًا على اختلاف أصنافه، وهو وإن كان لا يدخر على حالته، فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن.

وقال اللخمي: يختلف في بيع المخيض بالمخيض، والمضروب بالمضروب متفاضلا؛ لأنهما لا يدخران، فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن؛ لأنه كالرطب باليابس، ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدهما بأي ذلك أحب، كان من الحليب أو غيره - قال: - وقال مالك في "المدونة": لا بأس بالسمن باللبن الذي قد أخرج زبده. وهذا لا يصح إلا على القول: بأن التفاضل بينهما جائز؛ لأنه كالرطب باليابس. وأرى أن يجوز التفاضل في المخيض بالمضروب؛ لأنه مما لا يدخر، ومن منع ذلك حمله على الأصل. انتهى.

ورُدَّ مَا أشار إليه اللخمي من التخريج؛ لأنه إذا ثبت له أنه ربوي قبل إخراج زبده؛ لكونه مقتاتًا، وكون دوام وجوده كادِّخاره، فلا يُزَايِلُ الربوية عنه إلا زوال ذلك الوصف، نعم، لَو ثبتَ له حكم الربوي؛ لأنه مُشْتملٌ على الزبد، أمكن زوال الحكم بزوال الزبد.

قوله: (وردَّه ابنُ بشير)، يعني: رَدَّ ابنُ بشير ما خَرَّجَهُ اللَّخْمِيُّ من هذه المسألة، أن السمن صار بالصنعة والنار كجنسٍ آخر، وسيأتي ذلك، وتبع المصنف في نسبة هذا لابن بشير ابن شاس، وليس هو في تنبيهه، ولعله في غيره.

(ص): وَوَهِمَا، **فإنَّ بعده: فأمَّا بلبن فيه زُبدٌ فلا**

(ش): أي: وهم اللخمي في تخريجه، وابن بشير في رده؛ لأن هذا اللفظ الذي خرج منه اللخمي: (فأما بلبن فيه زبد فلا). فأما وهم ابن بشير فظاهر؛ لأن السمن لو نقلته الصنعة لجاز باللبن الذي فيه الزبد. وأما وهم اللخمي منه ففيه **بعد**، ولهذا وقع في بعض النسخ: (ووهم) بالأفراد، ووجهه - **على بعده** - أن ترتيب المنع على وجود الزبد فيه؛ لقوله: (فيه زبد)، دليل على المنع؛ لأجل الزبد لما يؤدي إليه من المزابنة، وحينئذ يكون من باب الرطب باليابس؛ إذ لا يُعلم مقدارُ الأجزاءِ التي فيه من الزبد إذا اجتمعت، هل هي مساويةٌ لأجزاءِ السَّمن المجموعة أم لا؟

وليس كذلك إذا لم يكن فيه زبد؛ لأنه ليس فيه ما تُتَّقَى فيه المزابنة المقتضية للمنع مطلقًا؛ لأنه لا يجوز بيعه متفاضلا، كما توهم اللخمي.

(ص): **والمعروف أن الماء ليس بربوي**

(ش): أي: فيجوز فيه التفاضل والنسيئة[1].

---

(١) الصحيح أن الماء ليس ربويا فالبر والشعير والسلت جنس كالقطاني والتوابل والدخن والذرة والأرز أجناس والتمر جنس ولحوم ذوات الأربع جنس إنسيها ووحشيها كالطير ودواي الماء والجراد جنس والأخبار كلها جنس كالألبان والخلول والزيوت أجناس كأصولها ويجوز التفاضل في البقول إلا البصل والمشهور منع الدقيق بالدقيق متفاضلا وجوازه متماثلا وزنا لا كيلا ويعتبر التماثل بمعيار الشرع كالمكيال والميزان ويجوز قسمة الخبز واللحم تحريا عند تعذر الميزان ويسهم عليه ويجوز بيع المطعومات كيلا أو وزنا وجزافا لا ملء غرارة فارغة حبا أو قارورة زيتا بخلافها مملوءة ومن ملك طعاما كيلا أو وزنا بمعارضة لم يجز أن يعاوض عليه قبل قبضه ويجوز هبته وصدقته وقرضه ودفعه بدل مقترض كالإقالة والشراكة والتولية بمثل الثمن وصفة عقده كالموروث بعد استيفائه ومستثنى معلوم من ثمره وينزل من صار إليه منزله المتنقل عنه ويجوز بيع المبتاع جزافا قبل نقله وما كانت آحاده مقصودة فلا يجوز بيعه جزافا =

(ص): وخرَّجه عبدُ الوهاب على غير المشهور في منع بيع الماء بالطعام إلى أجلٍ

(ش): يعني: أن المشهور جواز بيع الماء بالطعام إلى أجل. ومنعه ابن نافع، وخرج عبد الوهاب قولا بمنع التفاضل فيه، من قول ابن نافع؛ لأنه لما دخل فيه ربا النساء، دخل فيه ربا التَّفَاضُل.

(ص): ووهم، فإن هذا حكم الطعام غير الربوي أيضًا

(ش): هذا التوهيم للمازري، ووجهه: أن ربا النسيئة أعم من ربا التفاضل، فلا يلزم من وجود ربا النساء الذي هو الأعم وجود ربا التفاضل الذي هو أخص، ألا ترى أن الجنس ونحوه يمتنع بعضه ببعضٍ إلى أجلٍ.

(ص): واختلاف الجنسية يبيح التفاضل، والمعول عليه في اتحادهما على استواء المنفعة وتقاربهما

(ش): لقوله صلى الله عليه وسلم: "فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"[(١)].

ثم ذكر ضابط الجنس الواحد والجنسين، فإن كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة، أو متقاربان كالقمح والشعير كانا جنسًا، وإن تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين.

(ص): فمنه مَا اتُّفِقَ عَلَى جنسيته، كأصناف الحنطة وأصناف التمر وأصناف الزبيب

(ش): هذا ظاهر.

(ص): وكلحوم ذوات الأربع مطلقًا

(ش): أي: إنسية كانت أو وحشية.

(ص): وكلحوم الطير

(ش): أي: أنها صنف واحد، إنسيها ووحشيها؛ لتقارب منافعها.

(ص): وكدواب الماء

(ش): أي: كذلك صنف واحد.

=

بخلاف المقصود جملة بشرط جهلهما بكميته فما علمه البائع فكتمه ثبت الخيار فإن أخبره فصدقه ثم وجد نقصا فإن كان يسيرا فلا مقال له وإن كان كثيرا وثبت فله الرجوع. انظر: أشرف المسالك: ١/١٧٣.

(١) انظر: صحيح مسلم، ح رقم (١٥٨٨).

(ص): **وكالجراد**

(ش): أي: أنه جنس منفرد على القول بأنه ربوي وقد تقدَّم، وقيل: إِنَّهُ مِن جِنْسِ الطَّيْرِ.

(ص): **وكالألبان مطلقًا، وإن لم يتساو في وجود الزبد والجبن**

(ش): أي: فإنها جنس، و(الجبن) - بسكون الباء - وهي: الفصحى. ذكرها صاحب " الفصيح". ويقال: جبن - بضم الباء والنون مع تخفيفها وتشديدها -(١).

(ص): **ومنه ما اتفق على اختلافها، كبعض ما ذكر مع بعض**

(ش): أي: كبعض ما ذكر أنَّه متحد مع غير نوعه، كالتمر مع الزبيب.

(ص): **ومنه ما اختلف فيه كالقمح والشعير المنصوص الجنسية؛ لتقارب منفعتهما في القوتية**

(ش): مقابل المنصوص اختيار السيوري وتلميذه عبد الحميد: أنهما جنسان. وهو مذهب الشافعي؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيفَ شِئْتُمْ".

وَوَجَّهَ المصنف المشهور بقوله: (لتقارب منفعتهما في القوتية)، ودليله ما في مسلم: عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع من قمح، فقال: بعه ثم اشتر به شعيرًا، فذهب الغلام فأخذ صاعًا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرًا أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق ورده، ولا تأخذن إلا مثلا بمثلٍ، فإني كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلا بِمِثْلٍ"(٢). قال: وكان طعامنا يومئذٍ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله. قال: إني أخاف أن يضارع. مالك في "الموطأ " - بعد أن ذكر ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود وابن معيقيب الدوسي مثله -: إنه الأمر عندنا.

(ص): **ومثله السلت، وقيل: والعلس**

(ش): أي: السلت ملحق بالقمح والشعير، ولعله إنما فصل بينهما؛ لعدم تحقق قول السيوري فيه، والمشهور أن العلس لا يلحق بالثلاثة، وهو قول المصريين وضمه المدنيون إليها.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٢٢.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٥٩٤). من حديث معمر بن أبي معمر القرشي.

(ص): **بخلاف الأرز والذرة والدخن على المشهور**

(ش): أي: أن المشهور أنَّ الأرز وما ذكر معه لا يضم إلى القمح، والشاذ لابن وهب، وهو بعيد[١].

(ص): **ثم في جنسيتها قولان**

(ش): أي: إذا فرعنا على المشهور أنها مباينة لما تقدم، فهل هذه الثلاثة جنس واحد أو أجناس؟ المازري والمتيطي: والمشهور أنها أجناس. ونقل عن ابن وهب: أنها جنس.

(ص): **واختلف في القطاني، فقيل**: جنس، **وقيل: أجناس، وقيل: الحمص واللوبيا جنس، والبسيلة والجُلبَّانُ جِنْسٌ**

(ش): (الحمص) قال ثعلب: الاختيار فيه فتح الميم. وقال المبرد: هو بكسر الميم[٢].

وذكر المصنف ثلاثة أقوال:

القول بأنها: كلها جنس واحد، رواه ابن وهب.

والقول بأنها: أجناس رواه ابن القاسم، وهو المشهور.

والقول الثالث - في (الجلاب)، ونسب لابن القاسم وأشهب، ورَوَاهُ أشهب عن مالك -: الحُمَّصُ والعَدسُ صِنفٌ واحدٌ، وسائر القَطَانِي أصناف.

(ص): **والكرسنة، قيل: من القطاني، وقيل: لا**

(ش): القول بأنها منها لمالك في "العتبية" والآخر لابن حبيب.

(ص): **واختلف في الأمراق باللحوم المطبوخة المختلفة، والمشهور: أنها جنس**

---

(١) أصبغ: وهو رأي وهو يزرع بالأندلس يكون في أكمام كالزرع ويكون علوفة للبقر، وبما احتاج إليه طعاما إذا أجهدوا وهي حبة مستطيلة مصوفة في طول الشعير وليس على خلقته وهي إلى خلقة السلت وإلى القمح في فلقه أقرب وهي صنف كالذرة وقال ابن كنانة: الأشقالية صنف من القمح يقال له العلس.
ابن يونس: قول ابن كنانة أنها تضم إلى القمح صواب.
ابن رشد: وهو الذي حكاه ابن حبيب عن مالك وجميع أصحابه إلا ابن القاسم انتهى.
فقوله: "لا لعلس" هو قول ابن القاسم وأصبغ خلافا لقول مالك وجميع أصحابه وابن كنانة ومختار ابن يونس. انظر: التاج والإكليل: ٢/٤٧٥.

(٢) انظر: التلقين: ٢/ ٣٧٨.

(ش): لا شك أن (المطبوخة) صفة للحوم، و(المختلفة) الأحسن جعلها صفة للأمراق، ويكون المعنى: أنه اختلف في اللحوم إذا طبخت بأمراق مختلفة، فالمشهور أن ذلك جنس. قال في "المدونة": والمطبوخ كله صنف، وإن اختلفت صفة طبخه، كقلية بعسل، وأخرى بخل أو بلبن.

ومقابل المشهور للَّخمي قال: والقياس جواز التفاضل؛ لتباين الأغراض.

ويجوز أن تكون (المختلفة) صفة للحوم، ويصير المعنى: أنه اختلف إذا طُبخ اللحمان من جنسين مختلفين كلحم الوحش ولحم الطير، هل يصير بالطبخ جنسًا واحدًا أم لا؟

وقلنا: الوجه الأول أحسن؛ لأن المسألة منقولة في الدواوين عليه.

وتكلم في "الجواهر " على الصورتين، فقال: المذهب أن الأمراق واللحوم المطبوخة صنف، ولا يُلتفتُ إلى اختلاف اللحوم، ولا إلى اختلاف ما طُبِخَ بِه. وتَعقَّب هذا بعض المتأخرين، ورأى أن الزيرباج مثلا لا يخالط الطباهجة، وكذلك ما يعمل من لحم الطير مخالف لما يعمل من لحم الغنم.

واختار ابن يونس أن اللحمين المختلفي الجنس إذا طُبخا لا يصيران جنسًا واحدًا.

والباء في (باللحوم) للمصاحبة، أي: تَعَاوَضَا لحمين، ومع كل واحد منهما مرق، ولا ينبغي أن تكون سببيةً؛ لإيهامه أن التعاوض في المرقتين، وليس هو مراده، وكذلك لا يجوز أن تكون للعوض؛ لأنه يلزم أن يكون المعنى: أنه اختلف في التعاوض بين اللحم وحده، ومع المرق وحده وليس هو مراده.

واعلم أن ظاهر المذهب جواز بيع المطبوخ بالمطبوخ وزنًا، وهو الذي يؤخذ من "المدونة".

سَنَدٌ: وعلى قول ابن حبيب - يُمنَعُ القديدُ بالقديدِ، والمشويُّ بالمشويِّ -: لا يجوز المطبوخ بالمطبوخ؛ لاختلاف تأثير النار.

وعلى الجواز فهل تراعى المثلية في الحال أو حال كون اللحم نيئًا؟ فيه قولان.

وإن راعينا المثلية في الحال - سند: وهو الظاهر - فمذهب ابن أبي زيد: أنَّ الأمراق داخلةٌ في حُكم اللَّحم، وَأَنَّهَا معه جِنْسٌ وَاحِدٌ، وأنه قال: يُتَحَرَّى اللَّحْمَانِ وما يتبعهما من المرق؛ لأن المرق من اللحم. قال: وكذلك الهريسة بالهريسة.

وقال غيره: إِنَّمَا يُتحرَّى اللحم خاصةً حيث كان نيئًا، ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى ما معه من المرق. وصححه عبد الحق، وأيده بتحري الخبز بالخبز والعجين بالعجين، أنه يتحرى ما داخلهما من الدقيق، ولا يراعى تماثل الأعيان الآن.

وأما ما يطبخ مع اللحم فضربان:

ضرب له بعد الطبخ عينٌ قائمةٌ، كاللفت والباذنجان، فابن أبي زيد يجعله تبعًا لحكم اللحم، وقد تقدم قوله في الهريسة وغيره، يقول: لا يباع مع اللحم ولا يتبعه؛ لأنه لحم وبقل بلحم وبقل، ويجوز بيع بعضه ببعض متماثلا ومتفاضلا، إن كان من البقول غير المدخرة. والمدخر كالبصل والثوم، فلا يباع متماثلا.

وضرب ليس له عين قائمة فمن أصحابنا من يعطيه حكم اللحم، ومنهم من يعطيه حكم الماء؛ لأنه في أصله جنس غير اللحم، فلا يتغير بطبخه معه.

(ص): واختلف في التوابل على أنها ربوية، والمشهور أنها أجناس، وقال ابن القاسم: الآنيسون والشمار جنس، والكمونان صنف، وأنكره الباجي

(ش): (التوابل) جمع تابل - بفتح الباء - وتبع المصنف في تعيين المشهور ابن شاس، وهو مقتضى النقل، ففي ابن يونس: أن ابن القاسم قال في "الموازية": الفلفل والقرفة والسنبل والكزبر والقرنباذ - وهو: الكراويا - والشونيز - وهو: الكمون الأسود - والملح هذا كله طعام، لا يباع إذا اشتري على الكيل والوزن حتى يستوفى ولا يصح منه اثنان بواحد، إلا أن تختلف الأنواع. ابن المواز وابن القاسم: ومثله الشمار والآنيسون والكمونان كلها صنف واحد، وهو طعام. وقال أصبغ ومحمد - في هذه الأربعة -: إنها ليست بطعام، وهي من الأدوية. قال أشهب: قال مالك: كل واحدٍ من ذلك صنف. انتهى[1].

---

(١) وكذلك الملح والكزبر وزريعة الفجل الذي فيه الزيت المأكول فإن لم يكن فيها زيت فيؤكل فهي كزريعة الكراث والجزر والبصل وما أشبه ذلك مما ليس بطعام فلا بأس عند مالك وأصحابه ببيع ذلك قبل استئنافه.

واختلف أصحابنا في التوابل والحلبة والشونيز وما أشبه ذلك على ما قد ذكرنا عنهم في كتاب اختلاف قول مالك وأصحابه، وكذلك الطعام إذا بيع جزافا صبرا على غير الكيل لا بأس عند مالك ويبيعه قبل قبضه وقبل انتقاله من موضعه، وقد روي عنه أنه استمد قوله انتقاله لكل من ابتاعه قبل أن يبيعه، وقول الأوزاعي في ذلك كقول مالك في الطعام إذا ابتيع جزافا.

وقال أبو ثور وأحمد بن حنبل وداود أما الطعام كله فلا يباع شيء منه حتى يستوفيه الذي ابتاعه
=

فما رواه أشهب عن مالك مؤيد بما شهره المصنف أنها أجناس، ومقابل المشهور في كلامه يحتمل أن يريد به قول ابن القاسم، ويحتمل بأن يريد به أنها كلها جنس.

(وأنكره الباجي)، أي: قول ابن القاسم، وفي بعض النسخ: (وكرهه)، وهي بمعناها، وليس المراد الكراهة التي تقابل الإباحة، ولفظه في "المنتقى " بعد أن حكى قول ابن القاسم: والأظهر عندي أن تكون أجناسًا؛ لاختلاف منافعها، وتباين الأغراض فيها، وأنها لا تتمازج في منبتٍ لا محصدٍ، ولا يجزي بعضها عن بعضٍ في شيءٍ، وإنَّما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهرٍ في الكمون الأسود؛ لأن اسم الشونيز فيه أظهر لفظًا، وأكثر استعمالا.

وقوله: (على أنها ربوية)؛ أي: على قول ابن القاسم المتقدم.

(ص): **واختلف في الأخباز المختلفة الحبوب، وفي الخلول**

(**ش**): أما (الأخباز) ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنها كلها صنف. ابن رشد: وهو المشهور.

والثاني: أنها تابعة لأصولها. وهو قول البرقي.

والثالث: أن خبز القطاني صنف وخبز غيرها صنف. ونسب لابن القاسم وأشهب[1].

والمعروف من المذهب أن (الخلول) صنف؛ لاتحاد المنفعة، والمشهور أن الأنبذة أيضًا صنفٌ خلافًا لأبي الفرج.

(ص): **واختلف في الخبز والكعك بالأبزار، والمذهب أنهما جنسان**

(**ش**): (الأبزار)، راجعةٌ إلى الكعك، وذكر الخلاف أولا مع ذكر المذهب ثانيًا فيه إشارةٌ إلى أنَّ القول بأنهما جنس، إمَّا اختيارٌ أو تخريجٌ، وهو كذلك.

قال ابنُ شاس: قال بعض المتأخرين: انظر هذا - أي: كونهما جنسين - مع

=

سواء اشتراه على الكيل أو الجزاف وينتقله ويقبضه مما يقبض به مثله.

قالوا: وأما غيره من العروض كلها فجائز بيعه قبل القبض. انظر: الاستذكار: ٦/٣٧٢.

(١) ابن رشد: المشهور أن الأخباز لا تراعى أصولها لأن المنفعة فيها واحدة، فلا يجوز التفاضل في الخبز وإن افترقت أصوله. (إلا الكعك بأبزار) اللخمي والمازري: لا يجوز الخبز بالكعك متفاضلا إلا أن يكون في الكعك أبزار، ويجوز الفضل بين الإسفنج والخبز لأن الزيت ينقل الطعام كما ينقل الأبزار. انظر: التاج والإكليل: ٤/٤٩٧.

قولهم: إن الألوان كلها صنف، فمقتضى هذا أن يجعل الكعك والخبز صنفًا واحدًا. ومفهوم كلامه: أنه لو كان الكعك بغير إبزار لكان مع الخبز جنسًا واحدًا.

وألحق اللخمي بالإبزار ما إذا كان بدهب، قال: لأن الزيت ينقل الطعم كما ينقل الإبزار.

(خ): والظاهر أن الشماج حكمه حكم الخبز؛ لأنه كالكعك الذي لا إبزار فيه.

(ص): والصنعة متى كثرت، أو طال الزمان نَقلَتْ على الأَصَحِّ؛ لأنَّ المصنوع يصير معدًّا لغير الأصل، كالتمر وخله، والزبيب وخله

(ش): لما ذكر أن الجنس الواحد من الربوي لا يجوز فيه التفاضل، أتبعه بأن الصنعة إذ ا كثرت، أو طال الزمان تنقل على الأصح؛ لأن المصنوع يصير معدًّا لغير الأصل، ومثل المصنف ذلك بالتمر وخله. وقد حكى الباجي واللخمي هذا الخلاف.

وعن الباجي الشاذ للمغيرة، وزاد عن ابن الماجشون ثالثًا بالجواز في اليسير دون الكثير؛ للمزابنة.

واستبعد (غٌ) وجود الخلاف، قال: ولا يلزم من وجود الخلاف في هذين المثالين وجوده في القاعدة؛ لاحتمال أن يكون مبنيًّا على الخلاف في شهادة، وقد يُقالُ: هذا لا يلزم؛ لأنه تابع ابن شاس وابن بشير في حكاية الخلاف، وعبَّرا عن الأصح بالمشهور، لكن لم يذكر الخلاف إلا في الطول وعلى هذا فلا يكون الأصح راجعًا إلى الطول فقط، ويمكن أن يرجع إليهما، لما حكاه ابن زرقون عن ابن نافع أنه لا يجوز القمح أو الدقيق بالخبز.

وعن ابن عبد الحكم أنه لا يجوز اللحم النيئ بالمطبوخ بحال، وإن طبخ بإبزار أو خل.

(ص): ومتى قلت بغير نار لم تنقل على الأصح، كالتمر ونبيذه والزبيب ونبيذه

(ش): قال في "المدونة" سألت مالكًا عن النبيذ بالتمر، فقال: لا يصلح، والعصير مثله. وغير الأصح ليس نصًّا، بل أشار الباجيُّ إلى أخذه من رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الفقاع بالقمح أنه يجوز؛ لتغير الطعم. وأجاب سند: بأن القفاع قد انتقل مما فيه من كثرة الصنعة والتوابل.

(ص): والمشهور أن نبيذ التمر والزبيب صنفان، والزيوت أصناف

(ش): هذه الجملة وقعت في بعض النسخ، ونحوه لابن شاس، وهو وهم، بل

مذهب "المدونة" - وهو المشهور، على ما قاله المازري -: أنهما صنف واحد، ونقل الباجي واللخمي والمازري ما شهره المصنف عن أبي الفرج[١].

وما ذكره المصنف من أن (الزيوت أصناف)، هو كذلك في "المدونة"، وعلله باختلاف منافعها؛ أي: لأن منافعها مختلفة، فليست كالخلول.

اللخمي: والصواب أصناف، - قال: - ويجوز التفاضل في زيت الكتان؛ لأنه لا يراد للأكل غالبًا، ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقدًا، أو إلى أجلٍ، ويجوز التفاضل في زيت اللوز؛ لأنه لا يراد للأكل غالبًا، وإنما يراد للعلاج، ويدخل في الأدوية، وكذلك الجوز.

(ص): والمذهب أن الطحن والعجن لا ينقل

(ش): قال سند: ذهب عامة الفقهاء إلى أن القمح بدقيقه جنس واحد، إلا أبا ثور، فإنه جعلهما جنسين، وجوز فيهما التفاضل، ووافقه المغيرة من أصحابنا، واحتج باختلافهما في الاسم، وأنه لو حلف ألا يأكل دقيقًا لم يحنث بأكل القمح، وكذلك العكس، فلعل المصنف عبر بالمذهب عن المعروف كما في قوله: (والمذهب أنهما جنسان).

(ص): وإن كانت بنارٍ بمجرد تجفيفٍ لم تنقل، وإن كانت بزيادة أبازير، كشي اللحم بها، أو تجفيفه بشمسٍ بها، أو طبخه بماءٍ، أو غيره بها، أو خبز الخبز فناقل

(ش): قوله: (وإن كانت)؛ أي: الصنعة بمجرد تجفيف كشي اللحم بلا أبازير، فإن ذلك لا ينقل؛ ليسارة الصنعة. وفيه إشكالٌ؛ لأن المقصود منه حينئذٍ غير المقصود من غير المشوي.

والضمير في بها في المواضع الثلاثة عائد على الأبازير.

اللخمي والمازري: وإن طبخ بالماء صرفًا والملح لم ينتقل.

واستشكل شيخنا رحمه الله جواز الخبز بالعجين؛ لأنه مزابنة، قال: ولو جعلوا السلق ناقلا، ولم يجعلوا الخبز ناقلا؛ للمزابنة لكان أقرب[٢].

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٢٤.

(٢) يعني أن قلي القمح، أو غيره من جميع الحبوب ناقل؛ لأنه يزيل المقصود من الأصل غالبا وكذلك السويق ناقل والمراد به هنا الذي صلق، ثم طحن بعد صلقه ولا يستفاد الحكم فيه من القلي؛ لأن هنا اجتمع أمران كل منهما غير مؤثر بانفراده فربما يتوهم عدم تأثير اجتماعهما فبين =

(ص): **وفي قلي القمح وشبهه قولان**

(ش): والمشهور النقلُ، وإذا كان بمجرد القلي ناقلا، فمن باب أولى السويق.

اللخمي: ويجوز الدقيق بالمقلو بالاتفاق.

(ص): **وفي السلق ثالثها: في الترمس ناقل، وفي الفول غير ناقل**

(ش): الثلاثة للأشياخ، والأقرب: النقل، والله أعلم. ورأى في الثالث أن السلق في الترمس لا يمكن إلا بعد صنعة طويلة بخلاف غيره. ونصَّ ابن القاسم في "العتبية" على أنه لا يجوز بيع البيض المسلوق بالنيء متفاضلا.

(ص): **وتعتبر المماثلة حال الكمال، فلا يباع رُطبٌ بتمرٍ ونحوهما باتفاق؛ لتوقع الربا، ولأنه مزابنة**

(ش): لما قدم أن المماثلة تطلب ذكر الوقت الذي تُعتبر فيه، وذكر أنها تعتبر في حال كماله؛ لأنه المقصود، ولهذا لم يجز بيع الرطب بالتمر؛ لأنَّ الرطب إلى الآن لم يكمل وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم: أنه سُئِلَ عن بيع التمر بالرطب، فقال: "أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟ قَالُوا: نَعَمْ. فَقَالَ: فَلا إِذًا"[(١)]. صححه الترمذي.

واعترض عليه في لفظة التوقع؛ لأنها إنما تستعمل في التوهم، والربا ها هنا متحقق.

وأجيب: بأن التوقع بمعنى الوقوع، أو عبر بذلك اعتبارًا بالغالب في الأمور المستقبلة، ولأن بعض الرطب لا يتمر، فلا يتحقق فيه النقص.

(ص): **وظن اللخمي أنه كاللحم الطري باليابس**

(ش): يعني: أن اللخمي خرج قولا بجواز بيع الرطب بالتمر، من أحد القولين اللذين يذكرهما بعد في جواز بيع اللحم الطري باليابس[(٢)].

ابن بشير: وليس كما ظن؛ لأن الرطب حالة كماله اليبس، وله يراد، واللحم حالة

=

أن اجتماعهما ناقل وليس المراد بالسويق القمح المقلي المطحون لاستفادة الحكم فيه من قوله وقلي قمح بطريق الأحروية (وسمن) يعني أن التسمين ناقل عن لبن أخرج زبده وليس بناقل عن لبن لم يخرج زبده كما ذكره الحطاب والطخيخي فيجوز بيعه بلبن أخرج زبده متماثلا ومتفاضلا يدا بيد وما في التوضيح غير ظاهر. انظر: شرح خليل على الخرشي: ٧/٤٨٤.

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٢٥).

(٢) انظر: التلقين: ٢/ ٣٨٠.

كماله الرطوبة، فلا يطلب فيه شيء بعد ذلك، كما يطلب في الرطب. وإلى هذا الرد أشار بقوله: (وظن)؛ إذ هو مشعر به، وكأنه اكتفى بما قدمه أولا من أن المعتبر في المماثلة حال الكمال، ولأن قياس اللخمي فاسد الوضع لمقابلة النص.

(ص): **والمشهور جواز الرطب بالرطب**

(ش): الشاذ لابن الماجشون، ومنشأ الخلاف: هل يعتبر الحال فيجوز؟ لو المآل فلا يجوز؟ لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر.

الباجي: وانظر إن كان نصف التمر بسرًا ونصفها قد أرطب، هل يجوز بعضه ببعض؟

فرع

يجوز بيع التمر بالتمر إذا كانا جيدين، أو قديمتين.

اللخمي: واختلف في الجديد بالقديم، فأجازه مالك في "الموازية" ومنعه عبد الملك، وهو أحسن.

(ص): **وفي الحليب بالحليب قولان**

(ش): مذهب "المدونة": الجواز، ابن شاس: وهو المشهور، والمنع رواية أبي الفرج، ولعله - والله أعلم - لم يعين المشهور في هذه؛ لقوة الشاذ هنا؛ لأن الحليب بالحليب قد يطلب منهما الزبد، فتظهر المزابنة فيهما، ولا كذلك الرطبان. والله أعلم.

(ص): **ويجوز الزيتون بمثله اتفاقًا كاللحم باللحم، واختلف في رطبهما بيابسهما بتحري النقص**

(ش): نقل ابن شاس الاتفاق في الزيتون، وابن بشير الاتفاق في اللحم، ووجهه اللخمي بأنه يجوز بيع القمح بالقمح، وإن كان الريع يختلف، فكذلك لا التفات إلى الزيت[1].

(ع): ولولا الاتفاق، لكان الأنسبُ في الزيتون المنع؛ لأن المطلوب الزيت وهو غير معلوم التساوي بخلاف اللحم باللحم.

وقيد اللخمي الجواز في اللحم بأن يكونا ذبحًا في وقتٍ واحدٍ أو مُتقارب.

والقولان في جواز بيع (رطبهما بيابسهما) لمالك في "المدونة"، والذي رجع إليه

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٩٣.

وأخذ به ابن القاسم المنع؛ إذ لا يحاط بالتحري.

ووجه الجواز: أن الرطوبة في الزيتون واللحم هي حالة الكمال، وهذا مقيد بأن لا يكون في القديد أبازير، وأما ما كان فيه الأبازير، فهو جنس أخر.

(ص): **والمشهور منع القمح المبلول بمثله، وجواز المشوي بالمشوي والقديد بالقديد**

(ش): مقابل المشهور في المبلول في "الجلاب " الجواز بشرط كون البلل واحدًا. وتبع المصنف في حكاية القولين اللخمي، وقيد اللخمي الشاذ بما إذا كان البلل واحدًا كما ذكرنا، وزعم سند أن ما في "الجلاب" هو قول ابن القاسم الذي عبر عنه المصنف بالمشهور، قال: لأن ابن القاسم علَّل باختلاف البلل، فإذا تحقق الاتحاد جاز.

والشاذ في القديد بالقديد والمشوي بالمشوي لابن حبيب، والفرق للمشهور أن البلل يكثر فيه الاختلاف عادة، ولأن أسفله لا يساوي أعلاه، بخلاف الشيء، فإنه لا يختلف في الغالب. وفيه نظر.

وأجاز في "المدونة" بدل العفن بالعفن إذا اشتبها في العفن.

ابن رشد: وأجاز سحنون بدل العفن بغيره.

(ع): يعني - والله أعلم - بالسالم. وعلى ذلك ساق المسألة التي ذكر فيها هذا القول.

قال: ومنع بدل المأكول بغيره؛ يعني بالمأكول: المسوس.

قال: ومنع أشهب بدلهما بغيرهما.

وذكر عن مالك وابن القاسم وابن وهب إجازة ذلك في المأكول.

(ص): **وتعتبر المماثلة فيه بمعيار الشرع من كيلٍ أو وَزنٍ**

(ش): يعني: أن المساواة المطلوبة إن حفظ عن الشرع في شيءٍ كيل كالقمح، أو وزن كالزيت، فلا يجوز العدول عنه؛ لأنا لو عدلنا عنه؛ لأمكن الوقوع في التفاضل لو قدرناه بمعياره.

(ص): **فإن لم يكن فبالعادة العامة، فإن اختلف فبعادة محله**

(ش): أي: فإن لم يكن للشرع فيه معيار، فالمعتبر العادة العامة.

الباجي: كاللحم الذي يعتبر بالوزن في كل بلد، وإن اختلفت العوائد، كالجوز والرمان، وكالسمن واللبن فبعادة محله.

(ص): فإن عسر الوزن فثالثها: يتحرى في اليسير

(ش): خصَّ العسر بالوزن؛ لأن الكيل لا يعسر. الباجي: ولو تعذر المكيال المعهو[1]د.

وذكر ابن شاس عن بعض المتاخرين جواز التحري مطلقًا، من غير تقييدٍ بوزن ولا بيسارة.

وقال (ع): تقييد المصنف هذه المسألة بعسر الوزن هو مذهب الأكثرين، وظاهر "المدونة" عدم هذا الشرط، وأنه جائز في القليل والكثير. انتهى.

وكذلك ذكر ابن رشد أن ظاهر "المدونة" جواز التحري، وإن لم تدع إليه ضرورة، وذكر ذلك قولا صريحًا لبعضهم، خلاف مفهوم قول المصنف عنه، فإنه يفهم منه عدم الجواز إذا لم يعسر.

وفي "البيان": الاتفاق على أن ما يباع كيلا لا وزنًا - مِمَّا يَحرُمُ فيه التفاضل - أنه لا يجوز بعضه ببعضٍ على التحري، ولا قَسمُه على التحري.

وحكى المصنف ثلاثة أقوال:

الجواز مطلقًا، وقيده ابن رشد بأن لا يكثر جدًا، حتى لا يُستطاع على تحريه.

الثاني: المنع مطلقًا، رواه ابن القصار، وهو أقرب؛ لأن التساوي مطلوب، وهو غير محقق.

والثالث: لابن حبيب، وعزي لمالك.

وزاد ابن رشد رابعًا: لا يجوز عند عدم الميزان إلا في الطعام الذي يخشى فساده أما من وجب عليه طعام لا يجوز التفاضل فيه، فلا يجوز أن يأخذ عنه تحريًا إلا عند عدم الميزان، قاله سحنون.

فرع

واختلف فيما يجوز فيه التفاضل، هل تجوز قسمته وبيع بعضه ببعض تحريًا؟ ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز فيما يباع وزنًا أو جزافًا، والمنع فيما يباع كيلا، وهو مذهب ابن القاسم، حكاه عنه ابن عبدوس.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٢٦.

الثاني: أن ذلك جائز فيما يباع كيلا أو وزنًا أو عددًا، وهو مذهب أشهب وابن حبيب ونسب أيضًا لابن القاسم.

الثالث: أنه لا يجوز مطلقًا، وهو في آخر الكتاب السلم الثالث من "المدونة": أنه لا يجوز أن يقسم البقل حتى يجذ.

(ص): وفي القمح بالدقيق طريقان: الأولى ثالثها: بالوزن لا بالكيل، والثانية: الثالث

(ش): يعني: أن الطريق الأولى في المذهب ثلاثة أقوال:

١ - يجوز بيع أحدهما بالآخر. (ع): وهو المشهور.

٢ - والثاني: المنع لمالك أيضًا؛ لاختلاف الرَّيعِ.

٣ - والثالث: يجوزُ موازنة، ولا يجوز كيلا، حكاه اللخمي عن ابن القصار، وعكسه غيره.

ثم اختلف في القول الثالث، هل هو نخلاف للقولين الأولين؟ وهو قول أهل الطريقة الأولى. أو تفسير لهما؟ وهو قول أهل الطريقة الثانية.

وحكى ابن الماجشون عن مالك قولا آخر: أنَّه يجوز في اليسير على وجه المعروف بين الرفقاء، فإن كثر وخرج إلى حد المكايسة، فلا يجوز.

(ع): والطريقة الثانية باطلة؛ لأن ابن القصار - الذي هو أصل هذه الطريقة - فسر قولي مالك بما نص مالك على خلافه، وذلك أنَّ مالكًا نصَّ في كتاب الصرف في "المدونة" على أنه لا يباع القمح بالقمح وزنًا.

فإذا لم يجز بيعه بمثله وزنًا، خشية الوقوع في التفاضل، لو كيل بمكياله الشرعي، فكيف يجوز بيعه وزنًا بالدقيق؟ وقد تقدم أنه إنما تعتبر المماثلة بمعيار الشرع.

(ص): والمشهور إلغاء العظام، وقيل: تتحرى وتسقط

(ش): أي: إذا بيع اللحم باللحم وزنًا أو تحريًا، فهل يباع بعظمه على ما هو عليه؟ ويُعدّ العظمُ كأنَّه لحمٌ، وهو المشهورُ، واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار بنواه.

والقول الثاني - لابن شعبان -: إنه **يُتَحرَّى** ما فيه من العظم **وتُسقَط**.

وعلى المشهور إذا يبع تحرِيًا إنما يُتحرَّى المجموعُ، وعلى قول ابن شعبان لا بُدَّ فيه من تحريين، قاله (ع).

وقال شيخنا: إنما يحتاج إلى تحري اللحم فقط، وأما العظم فيسقط، والله أعلم. وهو أظهر من جهة المعنى، لكن كلام (ع) هو الذي يؤخذ من كلام المصنف، واستحسن سند قول ابن شعبان، وفرق بأن التمر يفسد بنزع النوى.

فرع

إذا بنينا على المشهور أن البيض ربوي، وأجزنا بيع بعضه ببعضٍ تحريًا، فإن كان فيه بيض نعام فاختلف، هل لا يجوز بيعه إلا إن استثني بائعه قشره؛ لأنه كسلعة مع ربوي؟ أو لا؟ لأنه غير مستغل إلا بالقشر، ولا يمكن بقاؤه مفردًا، فهو من ضرورته، فيعطى حكم العدم، أو حكم ما هو حافظ له.

(ص): **وكذلك جلد الشاتين المذبوحتين**

(ش): أي: جد شاتين كالعظم، وذكره الخلاف في الجلد يقتضي جوازه ابتداءً، وهو المشهور، قال في "المدونة": ولا خير في شاةٍ مذبوحةٍ بشاةٍ مذبوحةٍ إلا مثلا بمثل تحريًّا، وإن قدر على تحريهما[1].

ومنعه أصبغ؛ لأنه لحم مغيب.

وردَّه الباجي بأن ذلك لا يلزم إذا قلنا: إنَّ الجلد لحمٌ.

ورأى اللخمي المنع، ولو استثنى الجلدين.

وعلى الجواز فظاهر "المدونة" دخول الجلد في البيع، وهو الذي يؤخذ من تشبيه المصنف.

وقال فضل بن سلمة: لا ينبغي ذلك، إن استُطيع تحريهما، إلا أن يستثنى كل واحد جلد شاته.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: لأنه لحم وجلد بلحم وجلد.

ورده الباجي بما تقدم، فإنه يؤكل كثيرًا مسموطًا.

سندٌ: وعلى قول الباجي: يُراعى الصوف، فيفرق بين المجزوزتين وغيرهما.

ونقل بعضهم قولا بجواز بيع الشاتين المذبوحتين في السفر لا الحضر.

---

(١) المدونة: لا يجوز أن يبيعه من لحم شاته الحية رطلا ولا رطلين وليس كاستثناء البائع ذلك منها.

ابن رشد: وكذا شراء ذلك من شاة مذبوحة قبل سلخها لا يجوز لأنه لحم مغيب. انظر: التاج والإكليل: ٣٧٣/٤.

(ص): **وأجيز بيع الخبز بالخبز تحرِّيًا، وفي التحري، ثالثها: بالدقيق في خبز الصنفين، وبالرطوبة في الصنف الواحد، قال الباجي: ينبغي الوزن وحده**

(ش): يعني: أنه يجوز بيع الخبز بالخبز تحريًا، نَصَّ مالك على ذلك في "الموطأ"، وفي السلم الأول من "المدونة": وحكى بعض الشيوخ عن مالك: أنَّ الخبز بالخبز يجوز فيه التفاضل، وهو مشكل[1].

قوله: (وفي التحري)، أي: إذا أجزنا بيع بعضه ببعض متماثلا، فاختلف في كيفية التحري، على ثلاثة أقوال:

الأول: يتحرى دقيقهما، وهو قولُ ابن القاسم في "العتبية".

الباجي: وهو مذهب جمهور أصحابنا. وقال في موضع آخر: هو ظاهر المذهب.

لكن قيده بما إذا كان الخبزان من صنف واحد.

وذكر ابن رشد أنه لا خلاف أن المعتبر الوزن في الخبزين إذا كان أصلهما مختلفًا، على مذهب من يرى أن الأخباز كلها صنف واحد. فليس هذا القول على عمومه كما قاله المصنف.

والثاني: أن المعتبر الوزن، وهو الذي أراده بقوله: (والرطوبة)؛ أي: أنه تعتبر الرطوبة في الوزن، فلا التفات إلى الدقيق.

الثالث: أنه يتحرى الدقيق إن كانا صنفين، ويتحرى الوزن إن كانا من صنف واحد.

وفي كلامه نظر من وجوه:

أولها: ما تقدم من أن كلامه يقتضي أن الأول: يعتبر الدقيق مطلقًا، وليس كذلك.

ثانيها: أن القول الثالث عَكَسَ فيه النَّقْلَ؛ لأنَّ المنقول أنَّ الخبزين إن كان الأصلُ الذي خُبزَا منه لا يحلُّ التفاضل فيه، كقمحٍ وشَعيرٍ فيتحرى الدقيقان، لا وزنُ الخبزين، وإن كان ما خُبِزَا منه يجوز فيه التفاضل، كقمحٍ وفولٍ اعْتُبِرَ تساويهما في الوزن. قاله بعض القرويين. هكذا نقل المازري وابن يونس وغيرهما.

وثالثها: إن هذا لا يكون ثالثًا، إلا إذا كان القول الأول على عمومه، وقد تقدم ما فيه.

رابعها: يوهم ما نقله عن الباجي أنه قول رابع، وليس كذلك؛ إذ هو الثاني.

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٨٢.

(ص): والمذهب أن النهي يدل على الفساد إلا بدليل

(ش): هكذا حكى عبد الوهاب، وهو المختار عند أهل الأصول، ومحل ذلك كتب أهل الأصول، ويُستدلُّ لهذه القاعدة بالحديث الصحيح: "مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُو رَدٌّ"(١).

(ص): فمنه: بيع الحيوان باللحم، ومحمله عند مالك على الجنس الواحد للمزابنة، فيجوز بيع الطير بلحم الغنم، وبالعكس

(ش): روى مالك في مراسيله عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب " أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ"(٢).

و (المحمل) اسم مصدر؛ أي: اسم لـ (المحمل) فقياسه على هذا أن يكون مفتوح المِيمَيْنِ؛ لأن كل مضارع على يفعل، كيضرب، ولم تكن فاؤه واوًا، فقياس اسم مصدره على مفعل، بفتح العين. وللزمان والمكان بكسرها؛ أي: وَيُحْمَلُ هذا النهي عند مالك رحمه الله على الجنسِ الواحِدِ؛ لأنَّ بيع اللحم بالحيوان بيعُ معلومٍ بمجهولٍ، وهو معنى المزابنة. وفي كلامه إشارةٌ إلى أنه لو كان هذا الحيوان غير مُباحِ الأكل لجاز بيعه باللحم، وهو كذلك، فيجوز بيع الخيل باللحم؛ لعدم المزابنة حينئذٍ.

وأشار بقوله: (عند مالك) إلى محمل الليث والشافعي، فإنهما حملاه على عمومه(٣).

وروي عن أشهب جواز بيع الحيوان باللحم.

قوله: (فيجوز بيع الطير)، إلى آخره؛ لأنَّ المزابنة شرطها اتحاد الجنس.

(ص): وخصصه القاضيان بالحي الذي لا يراد إلا للذبح

(ش): كالشاة العلوفة والكسير، فإنَّه تخصيص للنهي بعد تحصيص الإمام، وهو متجه لظهور القصد إلى المزابنة في هذا النوع، وبُعدها في الصحيح، وهو قول الأبهري، وغيره من البغدادين.

ولا يقال: يرد عليه ما أورده المازري وغيره على قول مالك من أن المزابنة إنما

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٦٩٧) والإمام مسلم، برقم (١٧٢٠) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٣٥٩).

(٣) انظر: الكافي: ١/ ٣٢٥.

تُمْنَعُ حيث لا تكثر أحد الجهتين كثرةً بينةً، ومالك منع مطلقًا فلم تطرد العلة؛ لأنا نقول: إذا ظهرت الزيادة فالمنع؛ لأجل التفاضل عندهما وإن شك فالمنع عندهما للمزابنة والتفاضل.

ولأجل أن مالكًا لم يطرد العلة، وقال بالمنع وإن ظهر الفضل، مع كونه علل بالمزابنة، أجرى اللخمي قولا ثالثًا بالجواز في الجنس إذا تبين الفضل.

(ص): **وما لا تطول حياته، وما لا منفعة فيه، إلا اللحم فكاللحم، خلافًا لأشهب، وهما روايتان**

(ش): يعني: أنَّ قول مالك اختلف فيما لا تطول حياته من الحيوان كطير الماء، وما لا منفعة فيه من الحيوان إلا اللحم - (ع): كالخصي من المعز - هل هو كاللحم؟ فلا يجوز بيعه بحيوان من جنسه، وبه أخذ ابن القاسم أو لا؟ وبه أخذ أشهب؛ لأنه يتصدق عليه أنه حيوان[1].

ومنع ابن القاسم أيضًا بيع هذا الحيوان بلحم؛ لأنه حي الآن، فجعله مع الحيوان لحمًا، ومع اللحم حيوانًا احتياطًا.

(ص): **فإن طالت أو كانت المنفعة يسيرة كالصوف في الخصي فقولان**

(ش): يعني: إذا فرعنا على ما أخذ به ابن القاسم، فإن كان الحيوان فيه حياة، كالشارف الذي لا يراد إلا للذبح، أو كانت منفعته يسيرة، كصوف الخصي من الضأن، ففي كل نوع قولان.

أما ما تطول حياته، فقال ابن المواز: كره مالك وابن القاسم الشارف والمكسور من الأنعام باللحم، ثم أجازه مالك، وخففه أصبغ. والمراد بالكراهة: التحريم، وقد صرح اللخمي بذلك في تعليله.

وأما ما فيه منفعة يسيرة، فقال ابن القاسم: لا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون مما يُقْتَنَى لصوفه، قال: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه، إنما هو للذبح.

وأجازه أصبغ وأشهب، كان فيه منافع أم لا.

وفهم من قوله: (المنفعة يسيرة) أنها لو كانت المنفعة كثيرة، كما إذا كان لها صوف

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٩٥.

ولبن، ويقصد منها الولادة أنها ليست كاللحم.

(ر): ولا خلاف في ذلك.

(ص): ومن ثم اختلف في بيعه بالطعام نسيئة

(ش): أي: ولأجل الخلاف في كونه كاللحم أو كالحيوان، اختلف المذهب في بيع هذا الحيوان بالطعام إلى أجل، فمن عده طعامًا منع؛ لأنه طعام بطعامٍ إلى أجل، قال ابن القاسم في "العتبية": ولا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون كبشًا يقتنى لصوفه[1].

مالك: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه، إنما هو للذبح.

ابن المواز: وأجازه أشهب وأصبغ.

مالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك في الذي قد شارف الموت، فأما ما كان يقبل ويدبر ويرتع فلا.

(ص): وفي المطبوخ بالحيوان قولان

(ش): ظاهر كلامه أن القولين بالإجازة والمنع، والذي حكاه ابن المواز أن ابن القاسم أجازه وأشهب كرهه، وإذا كان اللحم ينتقل بالطبخ عن جنسه، فلأن يجوز هنا بالحيوان من باب أولى، ووجه الكراهة: الوقوف مع لفظ الحديث.

(ص): ومنه: المزابنة، وهو: بيع معلوم بمجهول من جنسه، أو مجهول بمجهول من جنسه، فإن علم أن أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه

(ش): أي: ومن المنهي عنه، وكذلك في كل ما يأتي، وصح من حديث ابن عمر رضي الله عنه قال: "نَهَي رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ الْمُزَابَنَةِ"[2].

---

(١) وإذا بيع المطبوخ بالحيوان من جنسه فشرط جوازه التعجيل، وأما إلى أجل فيحرم إلا إذا كان الحيوان يراد للقنية كجمل أو ثور، ومثل اللحم في منع البيع بالحيوان الحيوان الذي لا تطول حياته أو لا منفعة فيه إلا اللحم أو قلت: لا يجوز بيع واحد منها بالآخر؛ لأنه يقدر أحدهما لحما. وأما حيوان يراد للقنية مثلا فيجوز ولو لأجل كجواز بيع حيوان القنية بلحم غير جنسه ولو لأجل، بخلاف حيوان غير القنية فيشترط في جواز بيعه بلحم من غير جنسه التعجيل. انظر: الفواكه الدواني: ١٣٢/٣.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٢١٧١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

و (المزابنة): بيع ثمرِ النَّخلِ بالتَّمرِ، وبيعُ الزبيبِ بالعنبِ كيلا[1].

وضمير (هو) يعود على المضاف المحذوف؛ أي: بيعُ المزابنة، وتفسيرها الواقع في الحديث إنما هو في الربوي، وهو عند أهل المذهب لا يختص بالربوي؛ لأن غير الربوي وإن لم يدخل تحت المزابنة فثم عمومات يدخل تحتها، كالنهي عن الغرر.

وقوله: (فإن علم أن أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه)؛ لانتفاء المزابنة عنه إذ ذاك.

و (المزابنة): المدافعة من قولهم: ناقةٌ زبونٌ إذا منعت من حلابها، ومنه: الزبانية؛ لدفعهم الكفرة، فكأن كل واحدٍ من المتبايعين يدفعُ صاحبه عن مرادِه، ويعتقد أنه الغالب، فإذا عُلم أن أحدهما أكثر انتفى هذا.

وعموم قوله: (جاز فيما لا ربا فيه) يشمل غير المطعومين، والمطعومين غير الربويين، وهو مقتضى النظر.

لكن ذكر ابن رُشد في جواز بيع الرطب باليابس إذا كانا غير ربويين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز، وإن تَبَيَّنَ الفضلُ، وهو دليلُ ما في سماع عيسى وسماع أصبغ؛ لعموم النهي عن بيع الرطب باليابس.

الثاني: أنه يجوز بشرط تحري المساواة، وهو أيضًا في سماع عيسى.

والثالث - التفصيل كما أشار المصنف إليه -: جائزٌ إن تَبَيَّنَ الفضلُ، وغير جائزٍ إن لم يتبين، وهو قولُ ابن القاسم في سماع أبي زيد.

(ع): وهو الصحيح. وذهب فضلٌ إلى أنَّ هذا ليس باختلاف، وأنَّ القولين الأولين راجعان إليه.

(ص): **فلو دخلته صنعة معتبرة جاز**

(ش): أي: لأن المصنوع يصير معه الغير الأصل، كالخبز بالعجين جاز، ينعني: البيع إن كان نقدًا أو إلى أجل، وتقدم المصنوع أو تأخر زمانًا لا يصنع في مثله مثله، فإن تأخر قدر ما يصنع فيه منع؛ لأنه مزابنة.

(ص): **وفيها: منع بيع الفلوس بالنحاس نقدًا؛ لأنه مزابنة وجواز بيع النحاس بالتَّورِ النحاس نقدًا، واستشكله الأئمة، وفرق بقلة الصنعة في الفلوس**

(ش): التور - بالتاء المثناة المفتوحة - الجوهري: إناء يشرب فيه، ونسب هذه

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٢٨.

المسألة لـ "المدونة" لإشكالها؛ لأنه جعل الصنعة في الفلوس غير معتبرةٍ، بخلاف التور، وما حكاه المصنف من التفرقة هو المشهور[1].

ومسألة الفلوس في السلم من "المدونة".

(ع): ومسألة التَّور ليست بجلية في "المدونة"، لكن هو المشهور.

وقد ذكر في "البيان" في التور بالنحاس ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: جوازُ ذلك نقدًا وإلى أجلٍ؛ لأجل الصَّنعةِ، وهو قولُ مالكٍ في إحدى روايتي ابن وهبٍ.

والثاني: جوازه نقدًا، وإن لم يتبين الفضلُ، ولا يجوز إلى أجل، وهو ظاهر "المدونة"؛ لتشبيه فيها ذلك بالكتان بثوب الكتان، وهي رواية ابن وهب الأخيرة.

والثالث: أن ذلك لا يجوز إلى أجل، ويجوز في النقد إن تبين الفضل، وهو قول مالك في "العتبية"، وعليه تأوَّل التونسي "المدونة"، وتأوَّل غيره عليها عدم الجواز، وإن تبين الفضل.

قال في "البيان": ولا أعلم خلافًا في منع بيع الفلوس بالنحاس للمزابنة.

قال: وأما مصنوعٌ بمصنوعٍ من النُّحاس، فلا خلاف في جوازه.

واعترضَهُ التُّونِسيُّ وقال: لا فرق في القياس بين مصنوعٍ بغير مصنوعٍ أو مصنوعٍ بمصنوعٍ؛ لأن الصناعة إذا لم تكن لها تأثير في جهةٍ فكذا في الجهتين، انتهى.

واستشكل الأشياخُ المنع في الفلوس، وقالوا: القياس جوازه؛ لأن الصنعة نقلته، كما في التور. والفرق الذي ذكره المصنف لابن بشير، وفيه نظر.

(ص): ومنه: بيع الكالئ بالكالئ

---

(١) فمراطلة الفلوس بالنحاس واحد باثنين يدا بيد؟ قال: لا خير في ذلك، قال: لأن مالكا قال: الفلس بالفلسين لا خير فيه لأن الفلوس لا تباع إلا عددا فإذا باعها وزنا كان من وجه المخاطرة فلا يجوز بيع الفلوس بالفلوس جزافا فلذلك كره رطل فلوس برطلين من النحاس، قال: ولو اشترى رجل رطل فلوس بدراهم لم يجز ذلك؟ قال مالك: كل شيء يجوز واحد باثنين من صنفه إذا كايله أو راطله أو عاده فلا يجوز الجزاف فيه بينهما لا منهما جميعا ولا من أحدهما لأنه من المزابنة إلا أن يكون الذي يعطي أحدهما متفاوتا يعلم أنه أكثر من الذي أخذ من ذلك الصنف بشيء كثير فلا بأس بذلك، ولا يجوز أن يكون أحدهما كيلا ولا وزنا ولا عددا والآخر جزافا، وإن كان مما يصلح اثنان بواحد إلا أن يتفاوت ما بينهما تفاوتا بعيدا فلا بأس بذلك وهو إذا تقارب عند مالك ما بينهما كان من المزابنة وإن كان ترابا. انظر: المدونة: ١٥٩/٣.

(ش): (الكالئ) مهموز مأخوذ من الكلاءة - بكسر الكاف - وهي: الحفظ. فإن قيل: فالدين مكلوٌّ، فكيف أطلق عليه كالئًا؟

فجوابه: يحتمل أن يكون مجازًا في المفرد، أطلق الكالئ على الدَّين المكلو مجازًا، والعلاقة الملازمة، وقد يرد اسم الفاعل بمعنى المفعول، كقوله تعالى: ﴿مَاءٍ دَافِقٍ﴾ [الطارق:٦]؛ أي: مدفوق. ويحتمل في الإسناد؛ أي: إسناد الفعل إلى مُلابس له بتأويل؛ أي: بيع كالئ صاحبه كـ ﴿عِيشَةٍ رَاضِيَةٍ﴾ [القارعة: ٧] ويكون في الحديث إضمار تقديره: "نَهي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَالِ الكَالِئِ بِمَالِ الكَالِئِ"(١) لأن كل واحد من المتبايعين يكلأ صاحبه؛ أي: يحرسه لأجل ماله قبله، ولهذا وقع النهي عنه؛ لأنه يفضي إلى كثرة المنازعة والمشاجرة.

والنهي المشار إليه ذكره عبد الرزاق، قال: أخبرنا الأسلمي، قال: حدثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: "نَهى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ. وَهُو: الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ".

قال عبد الحق: الأسلمي، هو: إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى، وهو متروك كان يُرْمَى بالكذب.

قال بعضُ من تكلم على هذا الموضع: ووثَّقَهُ الدارقطني والشافعي ومحمد بن شعبان الأصبهاني، وقد رواه الدارقطني من حديث موسى بن عقبة عن عبد الله بن دينار: "أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ". وموسى بن عقبة مولى ابن الزبير، ثقةٌ، روى له الجميع.

(ص): وحقيقته بيع ما في الذمة بشيء مؤخر

(ش): اعلم أنَّ هَا هُنَا ثلاثة حقائق:

الأولى: فسخُ الدين في الدين، وهو: أن يبيع الدَّين مِمَّنْ هو عليه بشيء مؤخر من جنسه، أو من غير جنسه وهو أكثر، والمنع في هذه أشد من الأخريين؛ لأنها ربا الجاهلية أو من رباها، فهي محرمة بالقرآن بخلاف الأخريين، فإن الآية لا تقتضيهما، وإنما المنع فيهما بالحديث، ولا يجوز فيه التأخير إلا مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن يفارقه ثم يطلبه، فلا يجوز إلا قدر ما يمكن القبض إلا به، فإن كان يسيرًا فبقدر ما يأتي

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٥٧/٢، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

بمن يحمله، وإن كان طعامًا كثيرًا جاز مع اتصال العمل، ولو شهرًا. قاله أشهب.

وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضرًا أو في حكمه، وهو كالشيء يكون في منزله أو حانوته، فيذهبان من فورهما إلى قبضه، وأما إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك في "الموازية"، حل الدين أو لم يحل.

الحقيقة الثانية: ابتداء الدين بالدين، وهو تأخير رأس مال السلم، وهذه المرتبة أخف المراتب؛ لأنهم أجازوا التأخير فيه بالشرط ثلاثة أيام على المشهور.

الحقيقة الثالثة: بيع الدين بالدين، وهو كالواسطة بينهما، اللخمي: واختلف في التأخير في بيع الدين، فمنع ذلك في "المدونة" إلا على المناجزة.

وقال محمد: يجوز تأخيره اليوم واليومين، قال: وهو أصوب، ولا فرق بين بيع الدين وابتداء الدين.

وحكى ابن بشير في الصرف قولين: هل يلحق بيع الدين بابتداء الدين؟ أو بفسخ الدين؟

ولا بد في حقيقة بيع الدين أن تتقدم عمارة الذمتين، أو إحداهما، كمن له دين على رجل، وللثالث دين على رابع، فباع كلُّ واحدٍ ما يملك من الدين بدين صاحبه، وكذلك لو كان لرجلٍ دين على رجل، فباعه من ثالث بدين، وعلى هذا فلا بد في حقيقة بيع الدَّين بالدَّين من ثلاثة أشخاص، بخلاف فسخ الدَّين في الدَّين، فإنه لا زيادة فيه على اثنين، فقد اتضح الفرق بينهما.

وكذلك بينهما وبين ابتداء الدَّين بالدَّين؛ لأنَّ ابتداء الدَّين إنما تعمر الذمتان عند المعاوضة بخلافهما.

إذا تقرر هذا، فكلامه يشمل بيعُ الدَّين بالدَّين، وفسخ الدَّين في الدَّين؛ لأنَّ كُلا منهما قد باع ما في الذمة بشيءٍ مُؤخر، ولا يشمل ابتداء الدين بالدين؛ لأنه لم يبع بشيء تقرر في الذمة.

وقد يُقال: بل كلمه يشمل الثلاثه؛ لأن تقدير كلامه: (بيع شيءٍ) كائنٍ (في الذمة بشيءٍ مؤخرٍ)، والكائن في الذمة أعم من أن يكون تقرَّر قبل ذلك أم لا، وإنما يأتي الحمل الأول إذا جعلت (ما) موصولة، أما إن جعلت نكرة موصوفة فلا، على أنه يمكن أن يشمل كلامه الثلاثة، ولو جعلنا (ما) موصولة.

واعلم أن العقود التي تشترط فيها المناجزة ستة: الصرف، وبيع الطعام بالطعام،

والإقالة من الطعام، والإقالة من العروض، وفسخ الدَّين في الدَّين، وبيع الدَّين بالدَّين. قال في "المقدمات": وباب الصرف أضيق أبواب الربا.

(ر): والإقالة من العروض دون الإقالة من الطعام في طلب المناجزة؛ لأنَّ الإقالة من الطعام يحذر فيها من بيع الطعام قبل قبضه، ومن فسخ الدَّين في الدَّين، والإقالة من العروض إنما يحذر فيها من فسخ الدَّين في الدَّين، وتقدم الخلاف في بيع الدين، هل هو كابتداء الدين أو كفسخه؟

(ص): **وكذلك بيعه بمنافع، وقيل: إلا منافع عين**

(ش): يعني: وكذلك يمتنعُ بيعُ الدَّين بمنافع مطلقًا، سواء كانت منافع عينٍ، أو منافع مضمونة.

وقال أشهب: إنَّمَا يمتنعُ إذا كانت المنافعُ مضمونةً، وأما منافعُ معيَّنٍ فيجوز؛ لأن المنفعة إذا استندت إلى مُعَيَّنٍ أشبهت المعينات المقبوضة.

ورأى ابن القاسم: أنَّ المنافع وإن كانت معينة كالدَّين؛ لتأخير أجزائها.

وكلام المصنف هَاهُنَا إِنَّمَا هُو فِي بَيْعِ الدَّين مِنَ المَدِينِ؛ لأَنَّهُ سيتكلَّم في بيع الدَّين من غيره.

وصحح المتأخرون قول أشهب؛ لأنه لو كانت منافع المعين كالدَّين يمتنع فسخ الدَّين فيها، لامتنع اكتراء الدَّار واستئجار العبد وشبهه بدين، والمذهب جوازه.

وفرِّقَ بأن اللازم في محل المنع هو فسخ الدَّين في الدَّين، وفي محل الجواز هو ابتداء الدَّين بالدَّين، وهو أخفّ.

(ص): **وفي بيعه بمعين يتأَخَّرُ قبضُهُ، كالدَّار الغَائِبَةِ، والمواضَعَةِ، والمُتَأَخَّرُ جذَاذُهُ قولان**

(ش): يعني: فلو باع الدَّين ممن هو عليه بدارٍ غائبةٍ، أو أمةٍ متواضعةٍ، أو بثَمَرٍ بدا صلاحه، ولا يجذ في الحال، فقولان[1]:

المشهور وهو مذهب "المدونة" المنع؛ لأنه قد تأخر القبض فأشبه الكالئ بالكالئ.

والقول بالجواز لأشهب.

واستشكل الشيوخ المنع في الدار الغائبة؛ لأنها كالمقبوضة بنفس العقد على

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٨٤.

المشهور كما تقدم، بخلاف الأمة المتواضعة، فإنَّ ضامنها من باعها، وكذلك المتأخر جذاذه فيه ضمان الجوائح. ولهذا قال جماعة: إنَّ معنى المسألة: أنَّ الدار بيعت مذارعة، فصار فيها حق توفيةٍ.

(ص): فإن بيع من غير المدين اشترط حضوره وإقراره

(ش): يعني: فإن بيع الدَّين مِن غَيرِ مَن عليه الدَّين، فَيُشترطُ حضورُ المُديان وإقرارُه، أما حضورُه فليُعلَم ملاؤُه من عدَمِه، وأما إقرارُه فلئلا يكونَ من شِراءِ مَا فيه خُصُومَة، وهو غررٌ، وإذا حصل هذا الشَّرطانِ جَازَ شِراؤُه اتِّفَاقًا.

وأما شراؤه وهو مَيِّتٌ، فمنعه في "الموطأ".

ابن رشد: ولا خلاف فيه؛ لأنه غرر إذ قد يكون عليه دين أكثر من تركته، فلا يكون له إلا ما نابه في الحصص، وهو مجهول.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ حَيًّا، ولكنه غائب، فإن لم تَكُن عليه بنيةٌ فنصَّ مالكٌ في غير موضع على المنع، وظاهر قول أصبغ في "العتبية" جواز بيعه، وعلى ذلك فهمها ابن رشد. وتأوله في موضع آخر على أن الغيبة قريبة.

وإن كانت عليه بينة، فالمشهور أنه لا يجوز؛ إذ لا يُدرَى أهو حَيٌّ، أو ميتٌ؟ مُقِرٌّ هو، أو منكر؟

ابن رشد: وأجازه ابن القاسم في سماع مُوسَى إذا كانت غيبته قريبةً، بحيثُ يُعْلَمُ حَالُه، وقاله أصبغ في نوازله، ورواه ابن زنبر عن مالك.

وإن كان حاضرًا، فهل يشترط إقراره؟

المشهور اشتراطه.

ابن رشد: وتقوم إجازته من إجازة ابن القاسم بيع الدار التي فيها خصومة، على ما وقع في بعض روايات "المدونة".

(ص): ومنه: بيعُ الغرر، وهو ذو الجهل والخطر وتعذُّر التسليم

(ش): وفي مسلم: "نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ الحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الغَرَرِ"[1]. وكلامُه ظاهرٌ[1].

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٤١٢) والترمذي، برقم (١٢٣٠) وقال: حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ كَرِهُوا بَيْعَ الْغَرَرِ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَمِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ بَيْعُ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ، وَبَيْعُ الْعَبْدِ الآبِقِ، وَبَيْعُ الطَّيْرِ فِي السَّمَاءِ وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الْبُيُوعِ، =

(ص): وبعضه معفو، قال الباجي: اليسير، وزاد المازري: غير مقصود للحاجة إليه

(ش): أي: وبعض الغرر معفُوٌّ إِذْ لا يَكَادُ بيعٌ يخلو منه.

وقوله: (قال الباجي)، هو تفسير للبعض المعفو عنه.

و (اليسير): خبر مبتدأ محذوف، و(زاد المازري) فيه مع قيد اليسارة قيدين آخرين: أن يكون غير مقصود.

وأن يكون محتاجًا إليه.

وقرره في المعلم بأن العلماء أجمعوا على فساد بعض البياعات؛ للغرر كالأجنة، والطير في الهواء، والسمك في الماء، وأجمعوا على صحة بعضها، كالجُبَّة - وإن كان حشوها مغيبًا - وكإجارة الدَّار مشاهرة مع كونه الشهر ناقصًا وكاملا، وكدخول الحمام، والشرب من السقاء، مع اختلاف الناس في الاستعمال والشرب.

واختلفوا في بعضها، فيجب أن يبحث عن الأصل الذي يُعرف منه اتفاقهم واختلافهم، ففهمنا عنهم: أنهم منعوا بيع الأجنة؛ لعظم غررها، وأن الغرر فيها مقصود، وأجازوا تلك المسائل؛ لأن الغرر فيها يسير غير مقصود، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه.

(ص): والخلافُ في بعضها لتَحَقُّقِه، ففي بيع الإماء وغيرهن بشرط الحمل الظاهر، ثالثها: إن قصد البراءة منه صح وإلا فسد

(ش): يعني: والخلاف في بعض البياعات المشتملة على الغرر؛ لتحقق ذلك القدر، هل هو من اليسير؟ فيعفى عنه، أو من الكثير؟ فلا يعفى عنه، وينبغي إذا شك في محل - هل هو من اليسير أو الكثير؟ -: المنع؛ لأنه أسعد بظاهر الحديث، وقد يقال: بل الغررُ مانعٌ، والشك فيه غير قادحٍ؛ إذ الأصلُ الجواز[٢].

وقوله: (ففي بيع الإماء)، إلى آخره؛ يعني: أن المذهب اختلف في جواز بيع الأمة والشاة والناقة والبقرة بشرط أنها حامل على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه جائز، سواء قصد بشرطه التبري أو زيادة الثمن؛ لأنه تَبَرَّأ في الأول من

=

وَمَعْنَى بَيْعِ الْحَصَاةِ: أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: إِذَا نَبَذْتُ إِلَيْكَ بِالْحَصَاةِ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَكَ وَهَذَا شَبِيهٌ بِبَيْعِ الْمُنَابَذَةِ، وَكَانَ هَذَا مِنْ بُيُوعِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ.

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣٢٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٩٧.

عيب، وفي الثاني الغالب على سلامته وولادته.

الثاني: أنه ممتنع، وهو مذهب "المدونة"، وعلله بأنه كأنه أخذ لجنينها ثمنًا.

والثالث - لمالك في "الموازية" -: إن قصد البراءة صح، وإن قصد الاستزادة لم يصح. (ع): وهو الأقرب. وبعضهم رد القولين إليه.

(خ): وفي كلام المصنف نظرٌ؛ لأنه يقتضي أن القول الثاني أنه لا يصح، وإن قصد البراءة، وهذا لا ينبغي أن يُختلف في جوازه، وقد صرَّح ابن زرقون بذلك، وإنما الخلاف إذا قصد الاستزادة في الثمن، والمشهور المنع. ولفظ ابن زرقون: اختلف في بيع الجارية التي يزيد في ثمنها الحمل - شرط أنها حامل - أو البقرة وغيرها على ذلك، فمنعه مالكٌ في سماع ابن القاسم، وإن كانت ظاهرة الحمل، وأجازه سحنون إذا ظهر الحمل، وأجازه أشهب وابن أبي حازم وإن لم يظهر. فإن قلنا بهذا القول فوجدها غير حاملٍ، فقال أشهب: يَردَّها. وقال ابنُ أبي حازمٍ: إن باعها وهو يَظُنُّ أنها حامل، فإذا هي غير حامل، فلا يردها، وإن علم أنها غير حامل بمعرفته أن الفحل ينزو عليها فله أن يردها؛ لأنه غره وأطمعه.

وأما إن كانت الجارية رفيعة ينقصها الحمل، فباعها على أنها حامل، وهي ظاهرة الحمل فلا خلاف في جوازه؛ لأن ذلك على معنى البراءة، وإنما لا يفسد البيع في الرمكة على أنها حامل في قول من أجازه، إذ قال ذلك قولا مطلقًا.

ولو قال: أنها حامل من فرس أو حمار لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انفلت عليها غير الذي سمى.

(ص): وأما شرط الخفي ففاسد، إلا في البراءة

(ش): أي: فلا يجوز اشتراط الحمل الخفي، إذ كان قصد به الاستزادة، وقد تقدم قول أشهب: أنه أجازه، سواء كانت ظاهرة الحمل أم لا.

وما ذكره من جواز التبري في الحمل الخفيّ، إِنَّمَا هو في الأمةِ الوخش، وأما الرائعة فلا يجوز بيعها بشرط البراءة منه؛ لأن الحمل يضع من ثمنها كثيرًا، وذلك غرر، نص عليه في "المدونة" وغيرها، قال: وهذا مع انتفاء السيد من وطئها، وأما إن أَقَرَّ بوطئها لم يجز بيعها، وإن كانت وخشًا؛ إذ لا خلاف أن البراءة لا تنفع من حملٍ يلزمه.

(ص): ومنه: بيع المضامين والملاقيح وحبلُ الحَبَلة، وفي "الموطأ": المضامين ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: ما ظهور الفحول، وعكس ابن حبيب، وقيل: حبل

الحبلة: بيع الجزور إلى أن يُنتج إنتاج الناقة، وروى ابن حبيب: بيع نتاج الناقة

(ش): النهي في "الموطأ"، وكلامه ظاهر التصور[١].

(ص): ومنه: **بيع الملامسة، وهو: أن يلمس الثوب فيجب البيع، وبيع المنابذة: أن يتنابذا ثوبين فيجب البيع**

(ش): في الصحيح: "أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ وَلِبْسَتَيْنِ، نَهَى عَنْ بَيْعِ المُلامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ"[٢].

قال البخاري: (الملامسة): لمس الثوب لا ينظر إليه.

و (المنابذة): طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه.

وفي مسلم: (الملامسة): لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار، ولا يقلبه إلا بذلك.

و (المنابذة): أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظرٍ، ولا تراضٍ.

(ص): ومنه: **بيع الحصاة، وهو: أن يسقط حصاة من يده فيجب البيع، وقيل: أن تسقط على ثوب فيتعين، واستشكلها المازري**

(ش): سبق اللخمي المازري إلى هذا الاستشكال، ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا جعل سقوط الحصاة أو رميها دليلا على البيع، فإذا حصل بذلك فلا غرر؛ لأنه رِضًا وكلامُ المازري الذي أشار إليه المصنف هو في المُعْلِم؛ لأنه قال فيه: قيل في هذا الحديث تأويلات منها[٣]:

أن يكون المراد: أن يبيع من أرضه قدر ما انتهت إليه رميةُ الحصاة، ولا شك أن هذا مجهول؛ لاختلاف الرمي.

---

(١) بيع الملامسة فهو أن يبيعه الثوب ولا ينشره ولا يعلم ما فيه، أو بليل ولو مقمرا ولا يتأمله بل يكتفي في لزوم البيع بلمسه، فالمفاعلة على غير بابها والمنابذة أن تبيعه ثوبك بثوبه وتنبذه إليه وينبذه إليك بلا تأمل منكما على الإلزام فالمفاعلة هنا على بابها ومثله في المنع ما لو باعه بدراهم ونبذه له (فيلزم) فيهما، فإن كان بخيار جاز. انظر: حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير: ٢١٦/٣.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٤٦) ومسلم، برقم (١٥١٣) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: الذخيرة: ٥/ ٣٠.

وقيل: معناه: أي ثوبٍ وقعت عليه حصاتي فهو المبيع، وهذا أيضًا مجهولٌ كالأوَّلِ.

وقيل: معناه: ارم بالحصاة فما خرج فلي بعدده دنانير أو دراهم، وهذا أيضًا مجهول.

وهذه تأويلات تتقارب، وكلها يصح معها المنع.

وقيل: تأويل رابع وخامس، فقيل: معناه: أنه إذا أعجبه الثوب ترك عليه حصاة، وهذا إذا كان بمعنى الخيار، وجعل ترك الحصاة علمًا على الاختيار، لم يجب أن يمنع، إلا تكون عادتهم في الجاهلية أن يضيفوا إلى ذلك أمورًا تُفسدُ البيع، ويكون ذلك عندهم معروفًا ببيع الحصاة، مثل أن يكون متى ترك حصاةً ولو بعد عامٍ وجب له البيع، فإنه فاسدٌ.

وقيل: كان الرجل يسوم الثوب، وبيده حصاة، فيقول: إذا سقطت من يدي وجب البيع، وهو أيضًا كالذي قبله. انتهى.

(ص): ومنه: بيعتان في بيعة، ومحمله عند مالك على سلعة بثمنين مختلفين، أو سلعتين مختلفتين بثمنٍ واحدٍ على اللزوم لهما أو لأحدهما وإلا جاز

(ش): روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه، قال: "نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ"[(١)]. ومحمله عند مالكٍ على صورتين:

الأولى: أن يبيع إلى الرجل سلعة بثمنين مختلفين، وسواءٌ اختلفا في الجنسِ أو القَدْرِ أو الصفة على وجهٍ يتردد نظر العاقل فيه، كما لو قال: بعشرةٍ نقدًا، أو بعشرين إلى أجل، ولو عكس جاز؛ لأنَّ أي عاقل لا يختار إلا الأقل في المقدار، والأبعد إلى الأجل، وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وكأن المصنف أسقطه؛ لندوره.

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٣١) وقال: حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَقَدْ فَسَّرَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالُوا: بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، أَنْ يَقُولَ: أَبِيعُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِنَقْدٍ بِعَشَرَةٍ وَبِنَسِيئَةٍ بِعِشْرِينَ، وَلا يُفَارِقُهُ عَلَى أَحَدِ الْبَيْعَيْنِ، فَإِذَا فَارَقَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلا بَأْسَ، إِذَا كَانَتِ الْعُقْدَةُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمَا، قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَمِنْ مَعْنَى نَهْيِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ أَنْ يَقُولَ: أَبِيعُكَ دَارِي هَذِهِ بِكَذَا، عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي غُلامَكَ بِكَذَا، فَإِذَا وَجَبَ لِي غُلامُكَ، وَجَبَتْ لَكَ دَارِي، وَهَذَا يُفَارِقُ عَنْ بَيْعٍ بِغَيْرِ ثَمَنٍ مَعْلُومٍ، وَلا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، عَلَى مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ صَفْقَتُهُ.

الصورة الثانية: أن يبيعه سلعتين مختلفتين بثمنٍ واحدٍ.

ونقل (ع) عن ابن حبيب الجواز في الصورى الأولى؛ أعني: إذا كان الثمن عينًا من صفةٍ واحدةٍ، واختلف الأجل.

وقله: (على اللزوم)؛ أي: وشرط منع النوعين معًا: أن يكون البيع لازمًا للمتبايعين معًا أو لأحدهما، وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما جاز، ووجه الفساد مع اللزوم الغرر؛ إذ لا يدري البائع بم باع؟ ولا المشتري بم اشترى؟ ولأنه يلزم منه فسخ الدَّين في الدَّين، وقد يختار الأقل، ثم يفسخه في الأكثر، وإن كان بذهب وفضة لزم منه أيضًا الصرف المستأخر.

وأجمل المصنف في اختلاف السلعتين، وذكر بعضهم في المسألة أربعة أقوال:

أولها - لـ "المدونة" -: إنَّ ذلك - ممتنع فيما عدا الجودة والرداءة من صنفية، أو صفة أو رقوم، وَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا في الجودة والرداءة فقط فيجوز، وإن اختلفت القيمة، وليس من بيعتين في بيعة.

ثانيها - لابن المواز -: إن اختلفا في الصنفية، أو الصفة اختلافًا متباينًا يُبيح سَلَم أحدهما في الآخر فلا يجوز، وإن اختلفا في الصفة ولم يتباينا تباينًا، فيجوز سلم أحدهما في الآخر جاز.

وثالثها - لأشهب وعبد الملك -: يجوز وإن اختلفا في الصنفية أو الصفة اختلافًا يبيح سلم أحدهما في الآخر.

رابعها - لابن حبيب -: لا يجوز إلا بأن يكونا صنفًا واحدًا أو صفةً واحدة، وقيمتها واحدة، لو اختلفا بالجودة والرداءة، أو بالقيمة لم يجز.

(ع): وهو الأقرب؛ لأنَّ الإلزام مع اختلاف القيمة مُوجبٌ للجهالة، وأشد منه إذا اختلفت صفاتها، ولو قيلَ: لا يجوزُ، وإن تساوَت قيمتُها لكان له وجهٌ.

وقوله: (وإلا جاز)؛ أي: وإن لم يختلف الثمنان ولا المثمونان، أو اختلفا وكان المتبايعان معًا على الخيار جاز.

(ص): فلو قال: خذ بأيهما شئت، فروايتان بناءً عَلَى أنه التزام أو لا

(ش): يَعْنِي: لَو قَالَ البائع للمُشْتَري: خُذ هَذَا الثوب بدينارٍ أو هذه الشاة، ولم يزد على ذلك، فعن مالك رحمه الله روايتان، وسببهما ما ذكره المصنف والبطلان رواية ابن القاسم وابن وهب وابن المواز، وهي أصح، والصحة رواية أشهب.

(ص): ولو اشترى على اللزوم ثوبًا يختاره من ثوبين أو أكثر جاز ذلك، وكذلك العبيد والبقر والغنم والشجر غير المثمرة ما لم يكن طعامًا

(ش): قوله: (يختاره من ثوبين)، ظاهره: ولو كانا مختلفي الثمن، وهو مذهب "المدونة" كما تقدم. وهذه المسألة مقيدة بما إذا كان الخيار للمشتري، وأما إن كان للبائع لم يجز، كما بينه في النكاح من "المدونة" فيمن نكح امرأة على أحد عبديه، وذكره المصنف في باب الصداق، فقال: فيجوز على عبد تختاره، ولا يختاره هو كالبيع.

وقوله: (ما لم يكن طعامًا)، سيأتي.

(ص): فإن اختلفت الأجناس لم يجز، كحرير وصوف، أو بقر وغنم

(ش): هذا ظاهر، وهو حقيقة بيعتين في بيعة.

(ص): ولو اشترى نخلةً مثمرة، أو ثمر نخلةٍ من نخلات لم يجز

(ش): لما ذكر أولا قوله: ما لم يكن طعامًا، تكلم على ذلك؛ يعني: لو فرضنا المسألة السابقة في طعامٍ لم يجز، سواءٌ كان مع عرضٍ، وهو قوله: (نخلة مثمرة)، أو لا عرض معه، وهو قوله: (ثمر نخلة)، وسواءٌ كان الطعام متَّفقًا كما مثل، أو مختلفًا كثمرةٍ وقمحٍ وصرح بذلك في "المدونة"، وعلَّل بعلَّتين:

التفاضل في بيع الطعام من صنفٍ واحد.

وبيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لاحتمال أن يدع واحدةً بعد اختيارها، ويأخذ أخرى.

واختلف إذا تساوى الطعام، هل يجوز ذلك فيه أم لا؟

فقال فضلٌ: يجوز.

وفي "كتاب أبي الفرج" و"الواضحة": المنعُ من ذلك. ابن حبيب: ويدخله بيع الطعام قبل استيفائه. وضَعَّفوا هذا التعليل وقالوا: بل يدخله طعامٌ بطعام على خيار، وليس يدخله بيعه قبل قبضه؛ لأنه لو أسلم في محمولة، جاز أن يأخذ سمراء مثل الكيل بعد الأجل، وهو بدل.

واختار اللخمي الجواز، ويحال المشتري في ذلك على دينه، ويؤمر إذا اختار شيئًا ألا ينتقل عنه.

وروى ابن حبيب عن مالك، فيمن قال: أبيع منك من هذه الصبرة عشرة أصوع، وإن شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها بدينار، وعقدا على ذلك: لم يجز. ابن

الكاتب: ومعنى ذلك إذا تأخَّرَ الاختيارُ عن وقتِ العقدِ.

وقال ابنُ محرزٍ: إذا اشترى عشرةَ أفقزةٍ يختارها من صُبرتين من جنسٍ واحدٍ، توقف فيها الشيخ أبو الحسن، وأجازها من لقينا من الشيوخ.

فضلٌ: وظاهر "المدونة" الجواز. وفيه مغمز؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه خيار ساعة.

(ع): لا أدري من أين أخذها من "المدونة"، وفي كتاب الخيار من "المدونة" خلافه، فانظره.

(ص): بخلاف البائع يستثنى أربع نخلات أو خمسًا من حائطه إن كانت يسيرة يختارها، فإن مالكًا أجازه بعد أن توقف أربعين ليلة، وكرهه ابن القاسم

(ش): أي: أن البائع بخلاف المشتري في المسألة المتقدمة إذا كان الخيار له، فأجازه مالك إذا كان ما استثناه يسيرًا، ولم يكتف المصنف بالأربع عن التقييد باليسير؛ لأن الحائط قد تكون نخلاته كلها يسيرة. ومراده باليسير: قدر الثلث فأدنى، كما تقدم[1].

ونسب لابن القاسم الكراهة، والذي في الرواية: وقال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك، فإن وقع أمضيته لقول مالك فيه، قال: ورأيت من أعجبه، ولا أحب لأحد أن يدخل فيه. وقد أضاف الباجي إليه المنع. ونقل عنه ابن محرز أنه قال: لا خير فيه.

(ع): المنع أقرب إلى لفظه.

أبو الحسن: ولو كان مراده الكراهة على بابها لمشى على قوله، ولم يحتج إلى التعليل بمراعاة قول مالك. وعلى هذا فنسبة الكراهة إليه ليست بجيدة.

واختُلف في الجواب عن تَوَقُّف الإمام، فقال عبدُ الحق: لأن البائع يعلم حائطه وجيده من رديئه فلا يُتَّهمُ فيه أن يختار هذه ثم ينتقل، بخلاف المشتري.

وقيل: لأنَّ مالكًا يرى أنَّ المستثنى عنده مُبقى غَيرُ مُشترى، ولو قال: بَأَنَّهُ مبيعٌ لمنعَ.

(ص): ومنه: بيع عسيب الفحل، وحمل على استئجار الفحل على عقوق الأنثى، ولا يمكن تسليمه، فأما على أكوامٍ أو زمانٍ فيجوز

(ش): روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "نَهَى النَّبِيُّ صلى الله عليه

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٨٦.

وسلم عَنْ عَسِيبِ الفَحْلِ"[١].

ويقال: عسب وعسيب، بالياء وبدونها عياض - في المشارق - وعسب الفحل المنهي عنه هو: كراء ضرابه. والعسب نفسه الضراب قاله أبو عبيد. وقال غيره: لا يكون العسب إلا الضراب. والمراد: الكراء عليه، لكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه. وقيل: العسيب ماؤه. وفي الجوهري: (العسيب): الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، ونهي عن عسب الفحل تقول: عسب فحله يعسبه؛ أي: أكراه، وعسب الفحل أيضًا: ضرابه، ويقال: ماؤه.

وحمل أهل المذهب ذلك على الإجارة المجهولة، وهو أن يستأجره حتى تحمل الأنثى. وهذا هو مراده بعقوق الأنثى، وهذا القدر مجهول؛ لأنها قد لا تحمل فيغبن صاحب الفحل، وقد تحمل في زمان قريب فيعبن صاحب الأنثى. أما إذا كانت الإجارة مضبوطةً بمراتٍ أو زمانٍ فهي جائزة.

عياض: والأكوام جمع كوم - بفتح الكاف - وهو: الضراب والنزو. ويقال: كامها يكومها إذا فعل بها ذلك.

(ص): فلو سمي أكوامًا فعقت في الأولى انفسخت

(ش): أي: انفسخت الإجارة فيما بقي من المرات. وسيأتي نظائرها في باب الإجارة، إن شاء الله تعالى[٢].

وصواب قوله: (عَقَّت): أعَقَّت. الجوهري: وأعَقَّتِ الفرَس، أي: حَمَلَتْ، فهي عَقُوقٌ، ولا يقال: مُعِقٌّ إلا لغة رديئة، والجمع عقق، كرسول ورسل.

(ص): ومنه بيعٌ وشرطٌ، وحمل على شرط ما يُنَاقِضُ مقصود العقد، مثل: ألا يبيع ولا يهب، غير تنجيز العتق للسنة

(ش): ذكر عبد الحق في (أحكامه) عن عبد الوارث بن سعيد قال: حدثنا أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، قال: "نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ"[٣]. وحمله أهل المذهب على الشرط الذي لا يتم معه المقصود من البيع.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٩١٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وأخرجه ابن الجارود، برقم (٥٦٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

(٢) انظر: الكافي: ١/ ٣٢٩.

(٣) أخرجه أبو حنيفة في مسنده: ١٦٠/١، والطبراني في الأوسط، برقم (٤٣٦١).

ومثل (ما يناقضه): بأن (لا يبيع ولا يهب)، ثم استثنى من ذلك تنجيز العتق، فإنه وإن كان يناقض مقتضى العقد، فهو جائزٌ.

وأشار بـ (السنة) إلى حديث بريرة.

واحترز بـ (التنجيز) من تدبيره أو عتقه إلى أجلٍ ونحو ذلك، فإنه فاسد.

فرعان مرتبان

الأول: إذا أجزنا البيع بشرط العتق، فهل يجبر عليه - وهو قول أشهب وابن كنانة - أو لا - وهو قول ابن القاسم -[1]؟

ثم اختلف في محل الخلاف، فقيل: إن المشترط عليه إن عقد الشراء على أنه بالخيار في إبقاءه لم يجبر، وإن قصد أنه حر بنفس التزام الشراء أُلزم ذلك. وكذلك إن التزم ذلك ويجبر عليه إن امتنع، وإلا أعتقه الحاكم. وإنما الخلاف فيما إذا وقع الشراء على الإطلاق، وإليه ذهب اللخمي.

وقيل: الخلاف فيما إذا اشترط العتق على جهة الإيجاب.

الثاني: إذا قلنا بفساد البيع؛ لأجل اشتراط التدبير ونحوه، وقلنا بفسخه، فلو أسقط البائعُ شرطه، فقال ابن القاسم: يمضي. وقال أشهب: لا يمضي.

(ص): **أو يعود بخلل في الثمن، كشرط السلف من أحدهما**

(ش): هذا قسيم قوله: (على شرط يناقض مقصود العقد)؛ أي: أن المنهي عنه قسمان:

قسم يناقض مقتضى العقد.

وقسم يعود بجهالة في الثمن؛ لأنه لما وقع البيع على السلف صار من جملة الثمن، والانتفاع به مجهول.

والذي علل به كثير من علمائنا المنع بأنه يئول إلى سلف جر منفعة. وعلى هذا فيدعى أنَّ الحكم معلل بعلتين. وما علل به المصنف هو في ابن شاس، وعلل به صاحب " الاستذكار".

(ص): **فلو أسقط فقولان**

(ش): أي: فلو أسقط مشترط السلف شرطه، فالمشهور صحة البيع إذا تبين أنه لا

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٩٩.

مقابل له، والشاذ لابن عبد الحكم: لا يصح؛ لأنهما دخلا على الفساد ابتداءً، ورواه المدنيون عن مالك[1].

وعلى المشهور من تخيير المتسلف في إسقاطِ شرطه، ويصح البيع، فهل يشترط في التخيير أن لا يكون قبض السلف، وغاب عليه؟ وأما إن غاب فلا تخيير، ويرد السلعة، وينقض البيع؛ إذ تَمَّ الربا. اشترط ذلك سحنون وابن حبيب قالا: وإن فاتت بيد المشتري ففيهما القيمة ما بلغت.

وذكر أصبغ عن ابن القسم أن الغيبة على السلف لا تمنع تخيير المشتري، فيرده إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت فعلى المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة.

واختلف على ما تحمل عليه "المدونة" من القولين، والأكثرون على حملها على قول ابن القاسم. وصرح (ع) بمشهوريته. وذكر (ر) قول سحنون ثالثها. وظاهر إطلاقهم وإطلاق المصنف: أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها، لكن المازري أنَّ ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد المشتري؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده. وذكر المازري بأن بعض الأشياخ خرج قولا بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه. وتركته خوف الإطالة.

ومفهوم قوله: (أسقط) أنه لو لم يسقط لم يختلف في فساده وهو كذلك، فإن كانت السلعة قائمة ردت، وإن فاتت فثلاثة أقوال:

روى يحيى عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت، كان السلف من البائع أو من المشتري، ويرد السلف.

الثاني: مذهب "المدونة" نص عليه في كتاب الآجال: فإن كان السلف من البائع،

---

(١) قال أبو عمر قد سأل محمد بن أحمد بن سهل البركاني عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق فقال ما الفرق بين البيع والسلف وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر أو شيء حرام ثم قال أنا أدع الزق أو الشيء الحرام قبل أن يأخذه وهذا البيع مفسوخ عند مالك غير جائز.
فقال إسماعيل: الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير في أخذه وتركه وليس مسألتك كذلك وإنما ذلك يكون مثل مسألتك لو قال أبيعك غلامي بمائة دينار على أني ان شئت أن تزيدني زق خمر زدتني وإن شئت تركته ثم ترك زق الخمر فجاز البيع ولو أخذه فسخ البيع.
قال أبو عمر: لم يصنع إسماعيل شيئا لأن مشتري الزق من الخمر إذا شاء أن يتركه تركه كصاحب السلف سواء ولم تقع مسألة السلف المشترط ولا مسألة الزق من الخمر المشترط أيضا في أصل البيع وعقد الصفقة على التخيير في واحدة من المسألتين ليس في واحدة منهما إن شئت أن تريد ولا إن شئت أن تسلفني فاعتل. انظر: الاستذكار: ٦/٤٢٤.

فله الأقل من الثمن أو القيمة يوم القبض، ويرد السلف، وإن كان من المشتري فعليه الأكثر من الثمن أو القيمة. المازري: فإذا كان الثمن مائةً والسلف خمسين، وكان السلف من المشتري فإن كانت القيمة أكثر من مائة وخمسين أخذها، وإن كانت أقل من مائة وخمسين لم ينقص المشتري من ذلك؛ لأنه رضي بمائةٍ ثمنًا، ومعها خمسون يدفعها سلفًا، فإذا قبضنا منه المائة، وأسقطنا عنه الخمسين فقد أحسنًا إليه. وإن كان السلف من البائع فله الأقل منهما، فإن كانت القيمة خمسين أو ستين أخذها، وإن كانت أكثر من مائة لم يزد عليها.

الثالث - لأصبغ -: قال كذلك، إلا أنَّه رأى أنَّ القيمة إذا زادَت على المائة التي هي الثمن والخمسين السلف: لا يُقضي للبائع بأكثر منها؛ لأنَّه يُقال له: أنت رضيت بالمائة تكملها وتتبع بالخمسين؛ فإذا ملكناك السلف أحسنًا إليك. لكن اختلف هل هو وفاق لما في الكتاب أو خلاف؟

والظاهر هو الأول. عياض: وظاهر الكتاب هو خلاف قول أصبغ.

وأورد على المشهور، ولو باع سلعة وخمرًا بثمن، فإن البيع لا يصح ولو أسقط الخمر.

وفرَّق القاضي إسماعيل بأنَّ مشترط السلف يخيره في أخذه وتركه، وإنما رأى أن السلف لو قال: أبيعُكَ على أنِّي إن شئتُ أن تزيد لي زِقَّ خمرٍ زدتني، وإن شئت تركته، فلو تركه جاز البيعُ.

رده صاحب " الاستذكار " بأنَّ مشترط الخمر لو شاء تركه، كمشترط السلف سواء فلا فرق.

وأجاب ابن زرقون بأنَّ مشترط السلف إذا تركه لم يجبر على أخذه، بخلاف مشترط الخمر؛ لأنه مشتر له، ومن اشترى شيئًا أجبر على قبضه.

وفُرِّق أيضًا بأنَّ البيع والسلف أصلان، ولو انفرد كل واحد منهما لجاز، والخمر لو انفردت وحدها لم تحل، وبأن الفساد في مسألة الخمر فسادٌ راجعٌ إلى ماهية البيع؛ لفساد المعقود عليه، بخلاف البيع والسلف، فإن الفساد خارج عن الماهية.

(ص): **فلو باعه المدين بسلعةٍ على أن لا يقاصه، ففي منعه قولان لابن القاسم وأشهب، بناءً على أنه شرط للتأخير أو لا**

(ش): يعني: لو كان لرجل جين حال على آخر، فباع المدين سلعة لرب الدين

بثمن من جنس الدين، وشرط في عقدة البيع ألا يقاصه، فقال ابن القاسم: يمنع؛ لأن العرف في مثله يقتضي أن ذلك قرينة في تأخيره، ومن أخر ما عُجّل عُدَّ مسلفًا.

شيخنا: ولو علل أيضًا بأنه يسامحه فيكون هدية مديان، لكان له وجه.

ورأى أشهب أنه ليس في التزام عدم المقاصة ما يقتضي تأخيره، ولو شرط التأخير فسد اتفاقًا.

(ص): **فأما الرهن والكفيل الأجل والخيار فلا**

(**ش**): أي: وأما البيع باشتراط هذه الأربعة، فليس من المنهي عنه[1].

(ص): ومنه: **بيع العربان، وهو: أن يعطي شيئًا على أنه إن كره البيع أو الإجارة لم يعد إليه**

(**ش**): وروى مالك وأبو داود: "أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ"[2]. وكلامه ظاهر التصور.

والعربان: العربون، وفيه ست لغات: عُرْبُون وعَرَبُون وعُرْبَان، وبالهمزة في موضع العين في الثلاثة.

فرع

فلو وقع البيع أو الكراء على ذلك، فقال عيسى بن دينار: يفسخ، فإن فاتت مضت بالقيمة.

(ص): ومنه: **بيع الكلب، وفي المأذون: الكراهة والتحريم، وأما من قتله فعليه قيمته، وأما غير المأذون، فلا شيء على قاتله؛ لأنه مما يقتل**

(**ش**): قد تقدم هذا في أول البيوع.

(ص): ومنه: **تفريق الأم من ولدها، قال مالك: ما لم يستغن عن أمه، فقيل: الأثغار، وقيل: سبع سنين، وقيل: البلوغ**

(**ش**): لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَومَ القِيَامَةِ"[3]. حسنه الترمذي. وما ذكره المصنف عن مالك من تفسير النهي

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٣٥٠٢) وقال: قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ فِيمَا نَرَى وَاللهُ أَعْلَمُ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ الْعَبْدَ أَوْ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ، ثُمَّ يَقُولُ: أُعْطِيكَ دِينَارًا عَلَى أَنِّي إِنْ تَرَكْتُ السِّلْعَةَ أَوِ الْكِرَاءَ فَمَا أَعْطَيْتُكَ لَكَ، وابن ماجه، برقم (٢١٩٢) عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١٥٦٦) من حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه.

بحالةِ عدمِ الاستغناء هو لمالك في "المدونة" وفسَّرَ فيها الاستغناءَ: بأن يستغني في أكله وشرابه ومنامه.

واختلف: هل النهي لحق الولد؟ وعليه ما في "الموازية": إِذَا رَضِيَتِ الأُمُّ بالتفرقة، فليس لها ذلك، أو هو حقٌّ للأم؟ وعليه ما في "المختصر": إذا رضيت الأم بالتفرقة فلا بأس بذلك. واختار اللخمي وابن يونس وغيرهما الأول.

قوله: (فقيل: الاثغار)، هو كالتفسير للاستغناء، وظاهر كلامه أنَّ هذه الأقوال لأهل المذهب في تفسير الاستغناء الذي نَصَّ عليه مالكٌ، وهو جيدٌ لو لم يكن مالكٌ نَصَّ على بعض هذه الأقوال، وقد نَصَّ على الأول في "المدونة"، فقال: وحَدُّ ذلك الاثغار ما لم يعجل به، جواري كن أو غلمانًا.

والقول بسبع سنين لابن حبيب.

والقول في البلوغ رواه ابن غانمٍ.

وقال ابن وهب: وحَدُّ ذلكَ عشرُ سنين.

المازري: وقال محمد بن عبد الحكم: لا يفرق بينهما ما عاشا.

ولأجل المنع من التفرقة قالوا: إذا اشتراهما شخصٌ ثم اطلع على عيب بأحدهما فليس له إلا رد الجميع.

(ص): **فإن فرقا، فقيل: يفسخ مطلقًا ويعاقبان، وقيل: إن لم يجمعاهما في ملك، وقيل: يباعان**

(ش): يعني: فإن فرقا، إما ببيع أو إجارة أو نكاح ونحو ذلك.

والقول بفسخه مطلقًا، سواء جمعاهما أو لا، ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

والقول بفسخه إن لم يجمعاهما - أي: وفي ملك - هو مذهب "المدونة"، وكان ينبغي تقديمه؛ لأنه هو المشهور، وقد صرح المازري بمشهوريته، والثالث: لابن المواز، قال وأما الفسخ فلا.

ومنشأ الخلاف هل منع التفرقة حق لله تعالى؟ فيكون العقد على أحدهما فاسدًا، فلا بد من فسخه كالخمر، أو حق للآدمي؟ فيكفي اجتماعهما، ثم هل في الحوز أو في الملك؟

(ص): **فإن فُرِّقَا بغير عوضٍ، فقيل يُباعان إن لم يجمعاهما في مِلكٍ واحد، وقيلَ: إن لم يجمعاهما في حَوز**

(ش): كما لو وهب الأم دون ولدها أو العكس، أو وهب كلا منهما لشخص، ولم يختلف أنه لا بد من الجمع، واختلف قول مالك هل لا يكتفى إلا بالاجتماع في الملك؟ كما لو فرقا بعوض، أو يكتفي بالاجتماع في الحوز؟ لأن السيد لما ابتدأ فعله بالمعروف من الصدقة أو الهبة، فالغالب أنه لم يقصد الضرر، فكان كالعتق، وهذا الثاني هو ظاهر "المدونة" عند ابن أبي زيد[١].

قال ابن المواز: أحبُّ إلينا الاجتماع في الملك، وإلى من لقينا، ولو جاز هذا لجاز في الوارثين، وقد قال مالكٌ: لا يقتسمان، وإن شرطا أن لا يُفرقا في الحيازة.

وحُكي عن ابن حبيب ثالثًا، وهو: جوازُ في الحوز، إذا كانَ الشملُ واحدًا، مثل أن تتصدَّقَ المرأةُ على زوجها، أو هو عليها، أو الأبُ على ابنه أو الابنُ على أبيه، لا إن لم يكن الشملُ واحدًا. وتصحُّ الهبةُ والصدقةُ، وَيُؤمَرَان بالمقاواةِ، أو يبيعهما مِن أَحَدٍ، ويأخذُ كلُّ واحدٍ ما ينوبُه من الثَّمن.

تنبيه

مَنعُ التَّفرقةِ خَاصٌ عندنا بالأمِّ، وتجوزُ التفرقةُ في الأبِ والجدِّ للأبِ أو للأم، قاله في "المدونة" وغيرها. واختار اللخمي منع التفرقة في الأب.

فإن قلت: يلزم هنا فيما إذا فرقا بعوض وامتنعا من جمعهما في ملك، جمع الرجلين سلعتيهما في البيع كما أشار إليه بعضهم.

قيل: يمكن أن يدفع ذلك بأن يقوم كل واحد من الولد والأم قبل البيع بقص الثمن عليهما، فلا تقع جهالة. وأجيز ذلك هُنا للضرورة الداعية إلى ذلك بخلاف الاختيار. أجاب بالأول غير واحدٍ وبالثاني أيضًا عياضٌ.

(ص): ومنه: أن يبيع على بيع أخيه، ومحمله إذا ركن البائع وفي فسخه قولان كالنكاح

(ش): في الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يَبِعْ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، إلا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ"[٢].

وعلى ظاهره من أن النهي للبائع أن يبيع على بيع أخيه إذا ركن المشتري إليه،

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٨٨.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٣٩) ومسلم، برقم (١٤١٣).

وحمله الباجي وعياض[١].

وقال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري دون البائع.

وعدم الفسخ لمالك في "الواضحة". ابن القاسم: ويستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن. زاد ابن القاسم: ويؤدب. الباجي: ولعله يريد من تكرر ذلك منه.

ونقل بعضهم عن مالك أنه يفسخ ما لم يفت.

إذا قلنا بعرضها على الأول، فإن كان الثاني أنفق نفقة زاد بسببها أعطاه النفقة مع الثمن، وإن نقصت فإن شاء أخذ المبيع ولا شيء له، وإن شاء تركه قاله مالك.

(ع): والمنصوص في المذهب بأن البائع إذا ركن بيهودي، فلا يزاد عليه.

(ص): **ومنه: بيع النجش، وهو: أن يزيد ليَغُرَّ**

(**ش**): في الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ لِبَيْعٍ، وَلا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيعِ بَعْضٍ، وَلا تَنَاجَشُوا، وَلا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلا تُصَرُّوا الإبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُو بِخَيْرِ النَّظِرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ"[٢].

قوله: (وهو أن يزيد ليغر)، هو: معنى تفسير مالك له في "الموطأ".

(ص): **فإن وقع بدسه أو بعلمه، وقيل: أو بسببه كابنه أو عبده ونحوهما، فقال ابن القاسم - وهو المشهور -: له أن يرد، فإن فاتت فالقيمة ما لم تزد، وقال مالك: يفسخ كالنكاح في العدة**

(**ش**): ضمير (دسه)، وما بعده للبائع، يعني: أنَّه اتفق على وقوع النَّجش إن دسَّ البائع من زاد في السلعة، أو زاد فيها أحد لا يريد شرائها، وعلم البائع، ولم ينكر[٣].

وقوله: (وقيل)، إلى آخره: وهو قول ابن حبيب، لكنه لم يَسُقْهُ عَلَى أَنَّهُ خلافٌ، بل على أنه المذهب، وقد اعترضه من تكلم على هذا الموضع بذلك، ثم ذكر المصنف في الحكم بعد الوقوع قولين:

المشهور أن البيع لا يفسخ، وكذلك صرح المازري بمشهوريته، والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك بالبيع على ثمنه في النجش أو يرد، هذا في قيام السلعة وأما في فواتها

---

(١) انظر: الكافي: ١/ ٣٣١.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٢٧٤) ومسلم، برقم (١٥١٧).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ١٠١/٣.

فعليه قيمتها، وكأنه أتفلها ما لم تزد على الثمن الذي رضي البائع به، وهو ثمن النجش. وينبغي أن يتمم هذا القول: ما لم ينقص عن الثمن الذي كان قبل النجش. ونسب المصنف هذا القول لابن القاسم، ونسبه غيره لمالك.

والشَّاذُ، ذكرهُ القَزوِينِي عن مالك، ووجهُه: القياسُ على النكاح، كما أشارَ إليه المصنف، وكان الأصل في النهي أن يَدُلَّ على فساد المنهي عنه.

(خ): وهذا التعليل الثاني أظهر، وأما القياسُ فالوصف الجامع غير ظاهر.

واختار ابن العربي أنَّ الناجش إذا أبلغ السلعة القيمة فهو مأجور. وفيه بعد؛ لأنه إن لم يُرِدِ الشراء فهو إتلاف لمال المشتري، إن كان مع إرادة الشراء فليس بناجش. ونَصَّ ابن العربي على منعه من الزيادة على القيمة.

أشهب عن مالك: وإن أراد بيع سلعته، فقال: أعطيت بها كذا، وهو صادق، فلا بأس به إذا كان عطاءً عن سوم، وأما النجش فلا، أو يكون عطاءً قديمًا فيكتم قدمه، المبتاع يظن أنه حديث.

فرعان

الأول: لمالك في "الموازية" فيمن قال لرجل: ما أعطيت في سلعتك فلك زيادة دينار. فقال: أعطاني فلان مائة، فزاده وأخذها، ثم قال فلان: لم أُعطه إلا تسعين. قال مالك: يلزمه البيع، ولو شاء لَتَثَبَّتَ، إلا أن تكون بينةٌ حضرت عطاء فلان دون ذلك، فيرد البيع إن شاء. مالك في "العتبية" ولا يمين عليه.

ابن رشد: وإذا قامت البينة وفاتت السلعة فيما يفوت به البيع الفاسد، ففيها القيمة ما لم تزد على ما تبايعا عليه أو تنقص عما شهدت عليه البينة.

الثاني: عكس الزيادة في النجش: سؤال المشتري لبعض أهل السوق الكف عن الزيادة ليشتري بدون القيمة. فإن سأل أهل السوق أو الكثير منهم لم يجز. وأما إن سأل الواحد ففي "الموازية" عن مالك: لا بأس أن يقول المشتري لرجل حاضر: كُفَّ عني، ولا تزد علي، وأما الأمر العام فلا، وكره أن يقول: كُفَّ عني ولك نصفها، وتدخله الدُّلسَةُ، ولا ينبغي أن تجتمع البيعة فيقولوا: لا تزيدوا على كذا.

ونقل في "البيان" عن ابن دحون - ووافقه عليه - أنه لو قال: كُفَّ عني ولك دينارٌ جازَ ولزمَه، اشترى أو لم يشتر. قال: وإنما لم يجز قوله: ولك نصفها في الرواية إذا كان على طريق العطية فكأنه أعطاه على أن يكف عنه ما لا يملك.

ولمالك في "العتبية" و"الواضحة " في عبدٍ بين ثلاثة، إذا قال أحدهم لآخر: إذا تقاويناه فلا تزد؛ ليقتدي بك صاحبنا والعبد بيني وبينك، ففعل، وثبت ذلك ببينة أو إقرار: أن البيع مردود. قال ابن حبيب: ولم يأخذ به أصبغ، ولم يره من النجش، وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته إنما أمسك عن الزيادة رأسًا؛ ليرخصه على نفسه وعلى صاحبه فلا بأس بذلك.

(ع): الذي يظهر ببادئ الرأي قول أصبغ، لكن هؤلاء الثلاثة لما جلسوا للمقاواة صاروا كجمع أهل السوق وقد تقدم عدم الجواز في أهل السوق.

(ص): ومنه: بيع الحاضر للبادي، وفي "الموطأ": محمله على أهل العمود؛ لجهلهم بالأسعار، وقيل: بعمومه؛ لقوله لا يبيع مدني لمصري، ولا مصري لمدني

(ش): قد تقدم النهي وما نسبه لـ " الموطأ " تبع فيه ابن شاس، وليس في "الموطأ " ما ذكراه، ولعلهما اعتمدا في ذلك على ذكره للحديث وسكوته، ففهما منه: أنه أبقى الحديث على ظاهره، والبادي ظاهر في أهل العمود[1].

وذكر صاحب " البيان " في كتاب السلطان في أهل القرى ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النهي إنما يتناول بأهل العمود خاصة، دون أهل القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها، وهي رواية أبي قُرَّة موسى بن طارق عن مالك.

الثاني: أنه يتناول أهل العمود والقرى، دون أهل المدن.

الثالث: أنه يتناول أهل العمود والقرى وأهل المدن.

(ع): وكلٌّ من القولين الأخيرين لمالك في "العتبية" و"الموازية".

وقيل: بعمومه؛ أي بعموم النهي لأهل العمود والقرى، وهذا هو القول الثاني الذي

---

(١) ويؤيده ذكرهم الخلاف في بيع البلدي للبلدي، فقد روى محمد لا يبع مدني لمصري ولا مصري لمدني.
وحمل المازري هذه الرواية على ورود أحدهما على بلد وهو جاهل بأسعاره بحيث يمكن غبنه وينتفع أهل البلد بالشراء منه مع ربحه في الغالب فيما أتى به فلم يمنع استرخاصه قاله طفي.
البناني كلام الباجي في المنتقى ظاهر في عدم اعتباره، ونصه والأصل في النهي عنه الحديث الذي أخرجه الشيخان ﴿لا يبع حاضر لباد﴾، ومن جهة المعنى أنهم لا يعرفون الأسعار فيوشك إذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص ما يبيعون لأن أكثره لا رأس مال لهم فيه لأنهم لم يشتروه، وإنما صار لهم بالاستغلال، فالرفق بمن يشتريه أولى مع أن أهل الحواضر أكثر أهل الإسلام وهي مواضع الأئمة، فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها. انظر: منح الجليل: ١٩٤/٥.

حكاه ابن رشد.

وقوله: (لقوله)؛ أي: لقول مالك في "الموازية": لا يبيع مدني لمصري ولا مصري لمدني.

(ص): فإن وقع ففي الفسخ قولان، قال مالك: لا يُشارُ على البادِي ولا يُخبَرُ بالسِّعر

(ش): أي: فإن باعَ حاضرٌ لِبَادٍ ففي فسخ البيع قولان، والقولان لابن القاسم، والفسخ مرويٌّ عن مالك، وبه قال أصبغ. وبعدم الفسخ قال ابن وهب وابن عبد الحكم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: يُفسخُ، فإن فاتَ فلا شيء عليه، وَرُوِيَ عَنْهُ هو وسحنون: أنه يؤدب الحاضر البائع للبادي. زاد عيسى: أَنَّهُ إذا كان مُعتادًا.

وقال ابن وهب: يُزجر ولا يُؤدَّب وإن كان عالمًا بمكروهيته.

فرعان

الأول: لَو وَجَّه البَدوي متاعًا مع رسول إلى الحضري ليبيعه، فذكر القزويني عن الأبهري جواز بيعه له. حكى الباجي عن مالك وابن القاسم فسخ البيع في هذه الصورة، وهو الأظهر[1].

المازري: وهو المعروف من المذهب.

الثاني: أجاز مالك في "الموازية" و"العتبية" الشراء له.

وقال ابن حبيب: الشراء كالبيع، ورُوي أيضًا عن مالك.

(ص): ومنه: البيع بعد نداء الجمعة الموجب للسعي على المتبايعين أو أحدهما، فإن وقع فالمشهور الفسخ، وثالثها في حق من اعتاد ذلك

(ش): النهي هو ما ورد في القرآن بصيغة الأمر في قوله: ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]. قيد النداء بالموجب للسعي احترازًا من النداء الأول، وسواءٌ كان المتبايعان مِمَّن تجبُ الجمعةُ عليهما أو على أحدهما.

والفسخ مذهب "المدونة"، وهو المشهور.

وعدم الفسخ لمالك في "المجموعة".

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٣٤.

والثالث لعبد الملك.

ورجح الثاني؛ لأن المنع هنا من جهة الزَّمان وحده، والعُقدةُ صحيحةٌ في أركانها وشروطها.

واختُلف أيضًا فيمَن أخَّر صلاةً حتى لم يبقَ من الوقتِ الضروريّ إلا مقدارَ مَا يوقعها فيه، فباع ذلك الوقت، فقال القاضي إسماعيل: يُفسخ بَيعه. وهو اختيار الشيخ أبي عمران؛ لوجود العلة في صلاة الجمعة هنا.

وقال ابن سحنون: لا يفسخ.

المازري: ويمكن أن يقال بعدم الفسخ هنا، بخلاف الجمعة؛ لكون الجماعة شرطًا فيها، فمن المصلحة منع ما أدَّى إلى افتراق جمعهم، والإخلال بشرطٍ لا تصح الجمعة إلا به، بخلاف غيرها من الصلوات، فإن الجماعة ليست شرطًا فيها. وألزم القائل بالإبطال أن يُبطل بياعاتِ الغِصاب؛ لأنَّهَا واقعةٌ في زمانٍ كَانَ يَجبُ عليهم فيها التَّشَاغُلُ بِرَدِّ المغصوبات.

وألحق الغرناطيُّ بالبيع يومَ الجمعة البَيعَ وقتَ الفِتْنَةِ. يُرِيدُ: في حَقِّ من طُلِبَ مِنْهُ الخروج.

ابنُ رُشْد: ويحرم البيع في المكان المغصوب.

(ص): **فإن فاتت فالقيمة، وقيل: الثَّمن**

(ش): القول بالقيمة لابن القاسم وأشهب، والقول بالثمن للمغيرة، وعلَّله ابنُ عبدوس بِأَنَّ فساده في عقده، لا في ثمنه، كالنكاح يفسد من جهة عقده[1].

---

(١) (والترك للقيام) بالشفعة والسقوط عن طلبها (فوق العام) من يوم العلم بالبيع لا من وقت عقد البيع (يسقط حقه) في الأخذ بها (مع المقام) أي مع حضوره بالبلد وعلمه بالبيع وهو بالغ رشيد لا مانع يمنعه من مرض وخوف ونحوهما، وظاهره أنها لا تسقط إلا بما زاد على العام وهو مذهب المدونة قال فيها: إن ما قارب السنة كالشهرين والثلاثة له حكمها اه. قال في الكافي: وهو المشهور من المذهب. وفي المتيطية والجزيري: أن به القضاء والعمل، ومذهب الرسالة أنها تنقطع بمجرد مضي العام، وعليه اقتصر (خ) وهو الذي رواه أشهب عن مالك وبالغ عليه حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة. قال أبو الحسن، حسبما في الدر النثير: وعليه العمل عند القضاة ونحوه في وثائق الفشتالي ومجلس المكناسي والمعيار وغيرهم، فتبين بهذا أنه عمل بكل من القولين، ولكن المتأخرون على الثاني فوجب المصير إليه ويمكن تمشية الناظم عليه بأن يراد بالفوقية أول جزء منها. وسيأتي أن سكوت الولي من أب أو وصي عن الأخذ بالشفعة للمحجور هذه المدة مسقط لشفعة المحجور، ومفهوم قوله فوق العام أنه إذا =

(ص): وتقوم وقت عقد البيع بتقدير الحل، وقال أشهب: بعد الصلاة

(ش): هَذَا مُفَرَّع على القول بوجوب القيمة؛ يعني: إذا ألزمناه القيمة، فقال ابن القاسم في "الواضحة": تقوم وقت قبضها. كسائر البياعات الفاسدة، فإنها تقوم مضافةً إلى زمان قبضها، وعبارة المصنف عنه (بوقت البيع) ليست بجيدة؛ لأنها أعم من وقت القبض.

وقال أشهب الرجوع إلى القيمة، إِنَّمَا هُو لتصحيح الفاسد، والفاسد في هذا البيع إنما هو من جهة زمانه، فلو أضفنا إليه القيمة، لكان تصحيحًا للفاسدِ بِالفَاسِدِ. وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّ هذا إِنَّمَا هُو من باب التقويم كما تقوم أم الولد وجلد الأضحية والكلب، وإن قلنا: إِنَّهُ لا يَجُوز بَيعها.

(ع): وحكى بعض المتأخرين عن أصبغ وجوب القيمة يوم التحاكم، ولعله لم يصح عنه، فإني لم أقف عليه في شيءٍ من كتب الفقه.

(ص): ومنه: تلقي السلع، وروي في حده ثلاثة: الميل والفرسخان واليومان

(ش): قد تقدم النهي، واختلف العلماء هل النهي لحق الجالب؟ وهو مذهب الشافعي. أو لحق أهل السوق؟ وهو مذهب مالك. واختار ابن العربي أنه من حقهما.

وظاهر المذهب أن المنع من ذلك على التحريم.

وقال ابن الجهم: كان النهي عن التلقي في أول الإسلام؛ لئلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره، ولا يُحرم.

والأقوال الثلاثة التي حكاها ظاهرة التصور.

وقال الباجي: يمنع التلقي قرب أو بعد. وهو ظاهر الحديث.

وأما الفلاة التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها كثمار الحوائط التي حول البلد، فاختُلف هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتريها، ثم يبيع هو لأهل المدينة؟ فروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. وقال في سماع أشهب: هو

= قام قبل العام فإنها لا تسقط وهو كذلك، لكنه يحلف إذا بعد ما بين العلم وقيامه كالسبعة الأشهر ونحوها واشتراط مضي العام إنما هو إذا لم يبين المشتري أو يغرس، وإلا فتسقط شفعته ولا ينتظر مضي العام قاله في المتيطية. انظر: البهجة: ١٨٧/٢.

من التلقي.

ولو ورد خبر السلعة فاشتراها شخص على الصفة، فقال مالك: هو من التلقي.

ولو كان الأمر بالعكس فوصلت السلعة، ولم يصل بائعها، فتلقاه رجلٌ فاشتراها منه، فقال الباجي: ولم أرَ فيه نصًّا وهو عندي من التلقي.

ومن مرت به سلعة ومنزله بقرب المصر المجلوب إليه، على نحو ستة أميال فله أن يشتري ما يحتاج إليه لنفسه، لا للتجارة.

ولو كان داره بالبلد نفسها فمرت به السلعة فقولان. ولو لم يكن للسلعة سوق فإذا دخل بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤه. قاله مالك وأصحابه.

وإذا بلغت السلعة سوقها ثم انقلب بها، فلا بأس أن يشتريها من مَرَّت به.

(ص): **فإن وقع فثالثها: يمضي، ولطالبيها الاشتراك....**[1]

(**ش**): أي: فإن وقع شراء التلقي ففي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: يمضي ولا يفسخ. المازري: وهو المشهور، وهو قول مالك وغيره من الأصحاب.

الثاني: لمحمد وابن حبيب: يُفسخ.

المازري: وعلى عدم فسخه فروى ابن القاسم: أنه لا يُنتزع من يد المتلقي، وبه قال ابن القاسم، وروى ابنُ وهب أنها تنزع من يده. انتهى.

ورواية ابن وهب هي القول الثالث في كلام المصنف.

ابن القاسم عن مالك: وينهى فإن عاد أُدِّب.

وفي "الإكمال": المشهور عن مالك وأكثر أصحبه: أنها تعرض على أهل السوق، فإن لم يكن سوق فأهل المصر، يشترك فيها من شاء منهم.

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٥١.

فهرس المحتويات

AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

by

Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi

Edited by

Muḥammad ʿUṯmān

Volume IV

